OPERE

DI

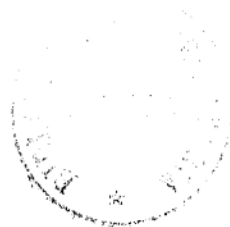
CONTARDO FERRINI

VOLUME TERZO

STUDI VARI DI DIRITTO ROMANO E MODERNO

(sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)

A CURA DI

EMILIO ALBERTARIO

ULRICO HOEPLI
EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA
MILANO
1929

La colonia partiaria (*).

Da una serie di testi delle fonti nostre sembra derivare la necessità che la *merces* nella *locatio-conductio* abbia a consistere in denaro. Intanto s' insegna che questo contratto è soggetto alle stesse regole della compravendita (D. 19, 2, 2; I. 3, 24 pr. ecc.) e in questa il prezzo deve, secondo la trionfatrice sentenza dei proculiani, consistere in *pecunia numerata*. Ecco poi i principali testi, in cui si trova direttamente contenuto quell' insegnamento:

Gai. 3, 144: « Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur ». Cfr. § 142: « Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi ».

Inst. 3, 24, 2: « praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse locationem et conductionem sed proprium genus esse contractus. veluti si etc. ».

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. XXVI, 1893, pp. 187-200: col titolo " *Ueber die colonia partiaria* „ lo studio fu pubblicato anche in tedesco nell' *Arch. f. d. civ. Praxis*, vol. 81, 1893, pp. 1-20.].

Ulp. (30 *ad Ed.*) D. 16, 3, 1, 9: « Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, *quasi genus locati et conducti intervenit*; sed, *quia pecunia non datur*, praescriptis verbis datur actio ».

Abbiamo di fronte ai citati passi un' altra serie di testi, in cui sembra essere invece ammessa una *merces* non consistente in *numerata pecunia*:

a) D. 1 , 2, 25, 6: « apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur ».

b) C. 4, 65, 8: « licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione etc. ».

c) C. 4, 65, 21: « si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bonae fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem optulit ponderationem, recedi non oportet ».

Cfr. Plin. *Epistul.* 9, 37: « medendi una ratio: si *non nummo* sed *partibus* locem etc. ».

Le opinioni degli interpreti sono diverse. Credono taluni di tener fermo in modo assoluto il principio che la *merces* debba consistere in denaro ed eliminano con vari spedienti le difficoltà che la seconda serie di testi sembra opporre. Altri invece, pure ammettendo che nella prima serie si insegni che per regola nella *locatio-conductio* la mercede abbia a consistere in denaro, statuiscono delle eccezioni più o meno larghe a tale principio [1].

E fra questi vanno più in là di tutti coloro, che sostengono essere questo principio vero solo per la *locatio faciendi*, non per la *locatio fruendi*: in questa la *merces* potrebbe essere anche altrimenti rappresentata. Questa opinione si trova nel

---

[1] Affatto isolata è l' opinione del CORASIO, *Miscellan. iur.* 2, 11, il quale afferma doversi riconoscere locazione ovunque la mercede sia fissata " in his quae pondere numero mensura constant, quia similes species etiam nomine pecuniae veniunt „. Cfr. MENOCHIO, *de adipisc. possess. remed.* 3, 92.

Lopez ([1]): « in locatione faciendi merces tantum in nummis; in locatione vero fruendi etiam in fructibus vel alia re ». Egli argomenta così: Tutti i passi, che si adducono per sostenere il requisito della *numerata pecunia*, parlano della *locatio factorum*; della *locatio rerum* parlano quelli, in cui si ammette un' altra categoria di mercede. La ragione del divario consiste in ciò che nella *locatio factorum*, se la mercede non è in denaro, il contratto si può ricondurre al tipo *do ut facias*; mentre nella *locatio rerum* non potrebbe ricondursi che al tipo *do ut des*, del qual tipo unica forma riconosciuta è la permuta. Così si capisce perchè la *partiaria locatio* sia appunto una locazione e s' intendono testi, quali il fr. 35, 1 h. t. e la c. 8 h. t. Nè deve fare meraviglia, se qui una categoria di locazione è regolata diversamente dall' altra; sono molte le altre divergenze fra la disciplina giuridica di entrambe. Non furono molti gli aderenti a questa dottrina; citerò fra i vecchi l'Illigero nelle note al Donello ([2]), fra i moderni il Gesterding ([3]).

La maggior parte ammette un' eccezione solo per la locazione di cose fruttifere (e anzi di solito l' ammette per la sola locazione dei fondi rustici), per cui la *merces* si dichiara potere consistere anche in una quantità di frutti o di fungibili derivanti dalla specificazione di questi: così il Glück ([4]), il Sintenis ([5]), il Mommsen ([6]), il Windscheid ([7]), il Voigt ([8]), etc. Di regola tale eccezione si giustifica coi riguardi dovuti all'agricoltura e con l' impulso urgente della necessità delle cose; il Mommsen la spiega osservando che siffatto contratto per i fondi rustici si sviluppò fuori dell' orbita e della tutela giuridica, la quale venne anzitutto applicata alla locazione delle case, per le quali la regola della mercede in denaro (derivata

([1]) *Animadv.*, c. 15, n. 3 sg.

([2]) *Opera*, ed. Lucca, III, 820-821.

([3]) *Ausbeute*, IV, 1, p. 149 sgg.

([4]) *Erläuterung der Pand.*, 17, p. 335.

([5]) *Prakt. Civilrecht*, II, § 118.

([6]) *Staatsrecht*, II², 469; *Röm. Gesch.*, I⁴, 841. Questo autore ammette però senza restrizione che la *merces* di una cosa fruttifera possa consistere in *fungibili* di qualsiasi specie.

([7]) *Pand.*, II, 399.

([8]) *Röm. RG.*, I, p. 661 sq.

probabilmente dal diritto pubblico) era senza troppi inconvenienti applicabile (1).

Una nuova dottrina fu recentemente emessa dal Waaser nel suo scritto sulla *colonia partiaria* (2). L'autore tien ferma la regola che la mercede dovesse consistere in denaro per tutte le forme di locazione; e solo in via di eccezione concede che un fondo rustico potesse affittarsi per una *pars quanta* di frutti. Non però per una *pars quota*; giacchè in tale ipotesi non sorgerebbe un contratto di locazione e conduzione, ma un contratto di società. Più avanti ci occuperemo di questa ultima asserzione; dove, cioè, esamineremo gli argomenti di quegli scrittori, che non riconoscono niuna eccezione alla norma che *merces in numerata pecunia consistit*. Qui dobbiamo solo valutare le ragioni che hanno indotto il Waaser a statuire una differenza fra la *pars quanta* e la *pars quota* per designare soltanto la prima quale idoneo corrispettivo del godimento del fondo. Anzitutto egli osserva che un contratto, per cui venisse concesso l'uso e il godimento di un fondo per una *pars quanta* in natura, se non fosse stato considerato come locazione, avrebbe dovuto esulare dalla cerchia dei contratti consensuali e rimanere o privo di tutela giuridica o solo imperfettamente partecipe, quale contratto reale. La *merces* in una *pars quanta* ha i requisiti della certezza e della obbiettività, mancanti invece alla *pars quota*. E per vero questa non è *a priori* calcolabile, tanti sono gli eventi che influiscono sopra di essa; neppure per approssimazione può prevedersene l'entità. Inoltre si consideri che tra i vari fattori concorrenti alla produzione dell'intero raccolto (dalla cui misura si determina quella della quota parte) alcuni dipendono dalle qualità subbiettive (intelligenza, capacità) del colono, e anzi dalla sua volontà; perchè non può negarsi che la buona o cattiva volontà con cui il colono si pone all'opera influisca sull'esito di questa. Può dirsi che così si abbia tuttora quanto basti per soddisfare ai generali requisiti della *merces*? V'ha

---

(1) Molti autori non distinguono bene la seconda e la terza opinione. Lo Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum* (ed. Roma 1841, t. III, parte II, p. 178 sg.) crede, per es., di andare d'accordo coll'Illigero, ma invece se ne allontana molto, esigendo la *numerata pecunia* anche “ in locatione rei non frugiferae „ ed esigendo rigorosamente che la mercede sia almeno in fungibili nella “ locatio rei frugiferae „.

(2) Berlino, 1885.

di più. La *quota pars* deve prendersi dai frutti del fondo concesso in uso e godimento al colono (nella *pars quanta* ciò può avvenire, ma non è essenziale). Ora i frutti appartengono al domino e solo per via della percezione (la quale concettualmente non s' identifica con la separazione e neppure nel fatto coincide con questa necessariamente) si acquistano al colono. Diremo noi che possa costituire valida mercede la cosa, che, appartenendo originariamente al domino, diventa proprietà del colono per ritornare quindi a lui ? Credo di avere così riassunto fedelmente i motivi, che hanno indotto il Waaser alla accennata dottrina, e che si trovano indicati in vari punti della sua pregevole monografia (1).

Lascio ora il primo argomento, che cioè un siffatto negozio con il corrispettivo di una *pars quanta* non avrebbe potuto riannodarsi a verun altro contratto consensuale; poichè ciò denoterebbe tutt' al più che una tale eccezione avrebbe potuto farsi, ma non spiega ancora abbastanza perchè si dovessero trattare in modo cotanto diverso due negozii nella loro funzione e apparenza cotanto affini. Ma che una *pars quota* non presenti sufficienti caratteri di certezza e di obbiettività, mi par da negare. Poichè, almeno in diritto classico, il concetto della certezza viene qui e altrove (ove si determina l' essenza del legato certo, della stipulazione certa etc.) stabilito nel senso che esso debba riferirsi alla natura delle cose, non alla cognizione delle parti. Bene sta che le parti non possano prevedere neppure approssimativamente (almeno con sicurezza) a quanto ammonterà la *pars quota*, ma non perciò sarà meno certa a suo tempo *in rerum natura* l' entità del prodotto totale, e però della quota. Nè osta il fatto, che tra i fattori concorrenti all'entità del prodotto devesi annoverare la diligenza (e quindi la volontà) del coltivatore; perchè la volontà qui non influisce che in parte insieme a tutti gli altri elementi, e poi non è mero arbitrio e capriccio, essendo coinvolto assieme all' interesse del domino pur quello del coltivatore medesimo ed essendo d' altra parte ogni mala fede repressa e colpita con i rimedi dal contratto nascenti. È vero che i frutti spettano al domino e solo mercè la percezione diventano del colono. Ma

(1) Specialmente alle pp. 25-42, 62 sgg.

prima di tutto si avverta che normalmente coincidono nel fatto separazione e percezione, e che prima di questa i frutti nón hanno autonoma esistenza, ma costituiscono parte integrante della cosa madre. Essi sogliono pertanto acquistarsi dal colono subito che siano suscettibili (come enti autonomi) di dominio. Del resto non si vede perchè, dato pure che i frutti appartenessero inizialmente al domino (ove, per es., la separazione non coincida con la percezione), ciò li debba rendere inidonei all' ufficio di *merces*. Nelle obbligazioni dirette a dare una cosa non può (secondo il rigoroso concetto dei classici) essere *in obligatione* la cosa che all' origine della stessa era in proprietà del creditore; circa la cosa che più tardi perviene al creditore, variano le opinioni e varie sono pure le applicazioni. Ora, i frutti non sono certamente cosa fin dal tempo della conclusione del contratto in dominio del creditore. Inoltre non è dimostrato (io spero anzi di dimostrare il contrario) che la prestazione della mercede consista necessariamente in un *dare*. Per tali ragioni io non saprei che cosa ricavare da D. 19, 5, 13, 1, citato dall'autore (p. 27): « Iulianus ... scribit: si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio etc. ». Secondo il Waaser, qui Giuliano astrae per un momento dal requisito che *pretium in numerata pecunia consistere debet* (avrebbe potuto dire che forse come sabiniano egli non ammette la necessità di questo); ma nega che la cosa possa fungere come prezzo, perchè inizialmente di proprietà del compratore. Ora, dice egli, se ciò non sta per il prezzo, non può stare per la mercede soggetta alle stesse norme. Su questa pretesa identità di trattamento vedremo più avanti. Intanto si noti quanto sia inverosimile che Giuliano ammettesse in ogni caso che il prezzo potesse consistere in altre cose, che non fossero denaro, e come pertanto sia pericoloso argomentare *a contrario* dell'espressione *rei meae*. Impossibile poi è ammettere con l'autore che qui Giuliano astraesse dal requisito (essenziale o precipuo!) della nummarietà del prezzo, e respingesse il concetto della compravendita per un altro argomento secondario. Ma, concesso pur tutto questo, nulla segue ancora per la locazione. La compravendita consiste essenzialmente nello scambio di due enti diversi; che una parte riprenda la stessa cosa che ha dato, sia pure mutata e migliorata, ripugna affatto alla natura di tale contratto.

Veniamo ora ad esaminare l' opinione di coloro, che negano esservi alcuna eccezione alla norma che la mercede debba consistere in denaro. Tale opinione risale molto addietro e noi la troviamo anche nei più antichi bizantini. Che la difendesse Taleleo ben può arguirsi [1] da quanto dice nel commento ad C. 2, 3, 8 [2]. Che parimenti Stefano avesse l'opinione medesima, si può conchiudere dallo sch. Δεῖ δὲ in Bas. Hb. 2, 334: δεῖ δὲ ἐν ἀργυρίοις ὁρισθῆναι τὸν μισθόν· εἰ γὰρ μὴ ἐν ἀργυρίοις ἐγένετο, οὐκ ἦν μίσθωσις, ὥς ἔστι μαθεῖν καὶ ἀλλαχόθεν, μάλιστα δὲ ἐξ ὧν ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ βι. ις΄ τί. γ΄, διγ. α΄ θεμ. η΄ (§ 9 delle nostre edizioni) φησίν. Cfr. pure gli scolii, contenenti brani dell' indice stefaneo, βουλόμενος ed ἐάν in Bas. Hb. 2, 27, riferentisi al citato D. 16, 3, 1, 9. Oscillante in vari punti delle sue opere è il Cuiacio: ora inclina a questa dottrina; ora vorrebbe un' eccezione per la colonia parziaria: cfr. ad D. 19, 5, 13, 1 [3]; ad D. 19, 2, 35 [4]; ad C. 4, 65, 5 [5]; ad C. 2, 3, 9 (8) [6]. Ben può dirsi però essere opinione sua prevalente, che « locatio non consistit sine pretio exemplo emptionis et venditionis: pretium autem non est nisi confestim sit pecunia numerata ». Deciso sostenitore poi di tale opinione è il Donello [7]: « in mercede itidem ut in pretio duo spectanda: primum ut consistat in pecunia numerata; quod si pro usu rei aliud quid praestatur, locatio non erit ». Fra i moderni molti erano i seguaci di tale avviso: specialmente francesi, dietro l' esempio dell' Accarias. Costoro devono pure eliminare i testi, che sembrano contraddire al loro avviso. E anzitutto essi sogliono considerare le espressioni più evidenti, quelle di C. 4, 65, come usate impropriamente: per es. Hotomann [8]: « esse quasi locationem et dici sic eo modo, quo verbum *vendidi* in l. 6 *de pr. v.*, ex intentione scilicet contrahentium »; Donello [9]: « quod dicitur in l. *si olei* C.

---

(1) Cfr. quello che già io scrissi nell' *Arch. giur.*, 38 [= *infra*, p. 45 sg.].
(2) Schol. Θαλελαίου, Bas. ed. HEIMB., I, 648.
(3) *Opera*, ed Neap., 1722, VII, col. 850.
(4) *Ibid*, I, 1486.
(5) *Ibid.*, IX, 410.
(6) *Ibid.*, IX, 63.
(7) *Comm. iur. civ.*, 13, 6, nn. 3 e 6.
(8) *Comm. de praescriptis verbis*, p. 179.
(9) *Comm. iur. civ.*, 13, 6, 6.

de loc. *si olei certa ponderatione fructus anni locasti, locasti* dictum est abusive, dum imperatores referunt verba consultricis, quae in specie facti proponenda hoc verbo usa erat ». Spiegazioni siffatte danno a un dipresso i moderni, benchè già Corasio avesse avvertito « nihil esse inconcinnius » [1]. Nè l'insufficienza di tali spiegazioni si prova tanto con le ragioni addotte dal Corasio, quanto col riflesso che qui e altrove i testi contrappongono un caso di locazione all'altro come specie del medesimo genere. Se non si vuol dare troppa importanza al citato brano di Plinio il giovane, perchè non giurista, non potrà del tutto mettersi fuor di questione il fr. 25, 6 h. t.: « ... colono ... *qui ad pecuniam numeratam conduxit:* alioquin *partiarius colonus* ... »; in niun modo poi l'improprietà di linguaggio, che a gran fatica si spiegherebbe per C. 4, 65, 21, può ammettersi anche in C. 2, 3, 9 (8) [2]. Quale contratto sarebbe poi quello, in cui non interviene il denaro come corrispettivo? Circa la colonia, in cui il compenso è fissato in una *pars quota* di fungibili, il negozio si delinea per molti siccome *societas*. Una tale opinione, oltre che in Taleleo e nella Glossa, è chiarissima in Donello (sicchè parmi strano che il Waaser dica non constargli che alcuno l'abbia esplicitamente sostenuta). Scrive il Donello [3]: « non idem placuit in *partiario colono:* ut enim is conductor non est, sed *socius* etc. ». Soprattutto si conforta tale avviso con il passo di Celso, D. 17, 2, 52, 2: « si in coeunda societate artem operamve pollicitus est alter veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus... etiam culpa praestanda est; pretium enim operae artis est velamentum ». Lasciamo stare le ultime parole incomprensibili; da questo brano celsino gli autori sogliono ricavare che la colonia parziaria possa assumere forma di società, quando cioè a tale negozio corrispondano le pattuizioni delle parti; quelli poi, di cui parliamo, deducono che essa non sia mai altro che una società, nè più nè meno. Occorre però riflettere

---

(1) *Miscell.*, 2, 11, n. 4.

(2) [In *Pandette*, p. 698 n. 3, il FERRINI osserva sulla scorta dei papiri che affitti a *pars quanta* erano frequentissimi in Egitto anche dopo la costituzione di Caracalla].

(3) *Commentarii iur. civ.*, 13, 7, n. 9.

con il Pernice [1] che qui Celso non parla in genere di colono, ma di *politor*, ossia di quel coltivatore tecnico e raffinato, la cui posizione sociale dista assai meno da quella del proprietario del suolo e con cui una società è anche nel senso romano bene ammissibile [2]. Nè contro l' osservazione del Pernice reggono le obbiezioni del Waaser [3]. Infatti, fra i due rapporti intercedono cospicue differenze, delle quali le qualità speciali del *politor* e la sua posizione sociale non sono che la causa. La colonia è un rapporto di dipendenza di solito stretto per un periodo di alcuni anni, sempre però rinnovabile anche tacitamente: il colono è lo strumento, mercè il quale il domino possiede e fa fruttare il fondo. Non così il *politor*. Questi è assunto per una determinata impresa: per riordinare la cultura di un fondo, per migliorarne il sistema, per cambiare la destinazione agricola di esso; a tale uopo si capisce meglio come possano essere applicabili eventualmente le norme della *societas* e soprattutto l' intrasmissibilità ereditaria e la risolvibilità unilaterale. Contro poi la teoria, che la colonia parziaria sia una società, si è invocato, e a ragione, D. 19, 2, 25, 6, ove si dice: « apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus *quasi societatis iure* et damnum et lucrum cum domino fundi partitur ». Dice il testo ' *quasi* societatis iure ' e non ' societatis iure ': fa un paragone, non statuisce una identità, anzi l'esclude. Veramente si osserva che, sebbene l' uso ordinario di *quasi* sia quello di indicare un' analogia, una similitudine, pure non manca qualche raro caso, in cui tale particella denota una vera equazione [4]. Ma, se io ben veggo, *quasi* tale senso ha solo quando indica una delle varie possibile figure, a cui un dato caso può corrispondere; quando insomma può tradursi con la parola « siccome ». Per es., in D. 39, 2, 34 si considera che i mobili dell' inquilino, che abbia giusto motivo di lasciare l' abitazione, possono essere o no tenuti *siccome* pegno a favore del locatore, secondo cioè

(1) *Ztschr. der Sav.-Stift.* 3, p. 59 sgg.

(2) V. anche Ferrini, *Archiv. giur.*, cit., p. 31 sg. |*infra*, p. 46 sgg.| e Pernice, *Amoenitates iuris*, nella *Ztschr. der Sav.-St.* R.A., VII, p. 99 sgg.

(3) Op. cit., p. 68 sgg.

(4) Waaser, l. c., p. 43.

che l'inquilino sia o no in regola con le rate scadute di affitto. Paolo scrive « si quasi pignora retinuerit etc. ». Ma è possibile tradurre nello stesso modo il nostro frammento? Se il giurista avesse voluto dire che il parziario colono è regolato con le norme della *societas*, avrebbe detto senza altro *iure societatis*; invece nel fr. 34 Paolo non avrebbe potuto scrivere senz'altro « pignora retinuerit », non si sarebbe capito che sono i mobili trattenuti come pegno. Bastano queste semplici osservazioni per mostrare la profonda differenza fra i due testi e l'infelicità di certe sottigliezze esegetiche.

La maggior parte però degli autori vuol riscontrare nella colonia parziaria la figura del contratto reale innominato: *do ut des* [1]. Se ciò corrisponda a quanto noi possiamo pensare sulle relazioni intercedenti fra domino e coltivatore, ognuno può di leggieri persuadersi: un simile rapporto a me pare addirittura impossibile. Sistematicamente però questa dottrina ha sulla precedente il vantaggio di non disgiungere la colonia per una *pars quanta* (per cui è insostenibile il concetto di società) da quella per una *pars quota*; gli argomenti poi con cui si sostiene sono vari. Non può farsi corrispondere il contratto in parola con alcun tipo dei consensuali: non con la società (meno che forse nel caso della *pars quota*, dove tuttavia talune regole della società e specialmente la risolvibilità unilaterale malamente si adattano); non con la locazione, per assenza della *numerata pecunia*; non c'è che ricorrere al tipo dei contratti innominati. Del resto nelle fonti troviamo due casi in cui il compenso dell'opera non è stabilito in denaro, ma in altra prestazione, e in luogo della *locatio operis*, che non può per tal ragione intervenire, si dichiara esservi un contratto reale innominato; da tale analogia è facile conchiudere. I due passi sono D. 16, 3, 1, 9 e D. 19, 5, 5, 2. Rife-

---

[1] È veramente singolare la disinvoltura con cui gli scrittori si liberavano dalle difficoltà create dall'ammissione del contratto innominato; v. per es. il Pacionus, *De locationibus*, I, 5 n. 4 (Venezia, 1700, p. 14): " licet cum istis (qui solvunt certam quantitatem fructuum vel quid simile) non intercedat proprie contractus locationis mercedem in pecunia requirentis sed innominatus *do ut des*, TAMEN TALIS CONTRACTUS INNOMINATUS REGULARI DEBET SECUNDUM NATURAM EIUS CONTRACTUS, CUI MAGIS ASSIMILATUR, ET SIC LOCATIONIS ". E seguita, non senza addurre altre autorità, a sostenere " quod iste contractus in nihilo distinguitur a vera locatione ".

riamo quest' ultimo per la parte che ci riguarda: « cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit.... si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio ». Ma, oltre le ragioni suaccennate, ostano recisamente a tale dottrina C. 4, 65, 8; 21 e D. 19, 2, 26, 5; circa poi gli argomenti addotti dai fautori di essa, fra poco dovremo discorrerne.

In tutta questa esposizione non ho fatto cenno alcuno della teoria del Bekker [1], che dalle altre si discosta grandemente. Il Bekker ammette vere locazioni parziarie, non solo di cose, ma anche di opere, specialmente sulla base dei formulari catoniani. Il lavoratore o l' imprenditore ha diritto a parte dell' opera, di cui il locatore fornisce i materiali. È certo che dallo stato attuale del testo catoniano noi non possiamo con sicurezza decidere se si trattasse, o no, di vera locazione: la quale sarebbe stata a nostro avviso tutt' altro che impossibile, come passiamo a vedere.

La massima che nella locazione la mercede debba consistere in denaro dovette essere ammessa dai compilatori giustinianei. Dalle riferite osservazioni di Stefano e più ancora da quelle di Taleleo si può con sicurezza dedurre che tali erano appunto le dottrine della scuola beritese, donde tanto passò per opera dei compilatori nel diritto giustinianeo. Ma queste dottrine sono derivate, a quanto sembra, da una cattiva intelligenza delle cose esposte da Gaio nelle sue Istituzioni e nelle sue *res cottidianae*: ivi infatti (per le *res cottidianae* possiamo riportarci alle Istituzioni giustinianee, tenuto il debito conto dei mutamenti) non si insegna punto il requisito che la *merces* consista in *numerata pecunia*, ma le espressioni son tali da indurre i meno cauti in errore. Riassumerò meglio che posso gli insegnamenti di Gaio, conformi del resto a quelli di Paolo (D. 18, 1, 1).

Parlando del contratto di compravendita, Gaio (3, 141) espone la controversia fra le due scuole circa la natura del prezzo. E avverte che i proculiani esigevano che il prezzo fosse in denaro: « alioquin non posse rem expediri permutatis rebus,

[1] *Ztschr. f. RG.*, III, p. 421.

quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse ». Anche Paolo (loc. cit., § 1) scrive: « aliud vendere, aliud emere; alius emptor, alius venditor... aliud est pretium, aliud merx: *quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit* ». Cfr. lo stesso, D. 19, 4, 1 pr.: « sicut aliud est vendere, aliud emere, alius venditor, alius emptor, ita pretium aliud, aliud merx, at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes ». Per tal motivo Celio Sabino opponeva ai procuratori che « si rem tibi venalem habenti, veluti fundum (sulla cui natura di *merx* non siavi dubbio), acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur » (Gai. l. c.). Da tutto questo appare ben chiaro che la ragione, per cui il prezzo dovea consistere (secondo l'opinione proculiana accolta quindi generalmente) in *numerata pecunia*, era che solo così risultava la differenza delle due prestazioni e della reciproca posizione dei due contraenti.

Esisteva la medesima ragione per la *locatio conductio*? Evidentemente non c'era pericolo di confusione fra la rispettiva posizione dei contraenti, quando uno avesse concesso per es. all'altro l'uso annuo di una casa e ricevuto in compenso uno schiavo; se taluno pattuisse di prestare taluni servizi con la rimunerazione di una tunica etc. [1]. Perchè qui non si potesse discorrere di *locatio conductio*, perchè non si dovesse applicare che l'imperfetta figura di un contratto innominato, non si vede. Nè si comprende che cosa ai sabiniani avrebbero potuto i proculiani rispondere. E per vero non si legge neppure in Gaio che su questo fossero in disaccordo le scuole. Egli dice (3, 141) che, come disputavan le due scuole sul punto di sapere se, *permutatis rebus*, potesse venire alla luce una

---

[1] Nelle locazioni pubbliche alle 'partes agrariae' troviamo sostituite eziandio 'operarum praebitiones' e cioè: *operae aratoriae, sartoriae, messoriae* (cfr. la nota iscrizione del *saltus Burunitanus* (in *Corp. inscript. lat.* VIII$_2$ n. 10570, p. 393 sgg.). È vero che tanto le opere quanto il godimento del fondo sono soggetti possibili di locazione; ma l'importanza del godimento dello stabile fa ravvisare questo come il vero oggetto e le *operae* come la mercede. Benchè nulla di simile conosciamo pel diritto privato (cfr. pure il VOIGT, *Röm. RG.*, 58, n. 21), non dobbiamo ritenere che siffatto rapporto non fosse per esso ammissibile.

compravendita, così disputavasi a proposito della *locatio conductio*, circa la natura delle ipotesi, che uno dei contraenti desse all'altro *rem utendam sive fruendam* ' et invicem aliam utendam sive fruendam acceperit '. Ora qui v'è la medesima impossibilità di distinguere le due prestazioni, che vi è per la permuta; qui non può dirsi chi sia il locatore, chi il conduttore, in che consista l'obbietto della locazione, in che la mercede. Ma ognuno vede che siffatta questione nulla ha che vedere con l'altra, se la mercede nella locazione debba consistere in denaro. Tuttavia il modo con cui il giurista si esprime (3, 142) è tale da indurre i malcauti in errore, sembrando quasi che la questione sorga identica per la compravendita e la locazione, mentre in realtà è solo analoga. Un altro passo che sicuramente contribuì a trarre in errore i bizantini (come appare dalle loro medesime citazioni) è un brano del libro 30 *ad Edictum* di Ulpiano, che ora costituisce il D. 16, 3, 1, 9; « si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse; quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit; sed *quia pecunia non datur*, praescriptis verbis datur actio ». Le ultime parole sono ritenute sospette dal Gradenwitz [1] per la frase « actio datur pr. verbis »; egli stesso riconosce del resto che il sospetto qui è più lieve che negli altri passi dove occorre *actio praescriptis verbis*, poichè questo ablativo potrebbe anche congiungersi al verbo *datur*. E per vero io esito molto a riconoscervi una interpolazione [2]. Il caso qui deciso nulla offre che non sia in perfetto accordo con i casi accennati; le due prestazioni (uno presta la custodia del servo, l'altro l'uso [*operae*] del servo stesso) non possono servire a distinguere la reciproca posizione dei contraenti, perchè entrambe possono costituire l'obbietto di una locazione e quindi siamo nell'identico caso previsto appunto nel passo gaiano. Argomentare a contrario dalla frase ' quia *pecunia* non datur ' non è punto necessario. Il giurista dice solo: « qui non si dà una mercede in denaro,

(1) *Interpolationen*, p. 143-144.

(2) [Il Ferrini in seguito (*Pandette*, p. 699 n. 3) l'ammise].

come nei due esempi or ora accennati, e quindi bisogna ricorrere ad altro rimedio giuridico ». Con ciò egli non vuol punto dire che la mercede debba essenzialmente consistere in denaro; dice che una mercede pattuita in denaro come nei due casi accennati fa sorgere la locazione, come sorgerebbe del resto nel caso, meno frequente e qui non contemplato, che la mercede consista nella dazione di altra cosa. E mi pare che solo questa dottrina spieghi il trattamento che nel Codice 4, 65 ha la prestazione dell'uso e godimento di un fondo contro una *pars quanta* di frutti. Nelle due (forse tre) costituzioni che si riferiscono a tale figura è evidentemente parola di locazione, nè serve il contestare con vani artifizi il valore probante di esse. Neppure una parola vi ha in esse, che alluda alla singolarità del caso; non un solo accenno, che siasi venuta riconoscendo una locazione non ostante l'assenza del denaro; cosa che davvero sarebbe inconcepibile se si trattasse solo di una eccezione ammessa nei tempi della decadenza, come il Waaser (p. 63 segg.) ritiene. E io non posso scindere da queste costituzioni l'accenno del fr. 25, 6 h. t. alla colonia partiaria, che è pur messa chiaramente tra le specie di locazione. Se, del resto, tale 'colonia' non fosse stata un contratto locatizio, non ci mancherebbe qualche insegnamento nelle fonti sul modo di classificarla, poichè i compilatori, i quali invece tengon fermo il principio che la mercede abbia ad essere in denaro, non lo avrebbero levato.

Le varie testimonianze accennate, donde si può rilevare che la *merces* non consisteva necessariamente in denaro, sono probabilmente sfuggite ai compilatori inosservate. Le tradizioni della scuola beritese sono del resto state da loro mantenute, come appare da una interpolazione sicura, quale a me sembra il passo già citato (D. 19, 5, 5, 2) attribuito alle questioni di Paolo: « At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio; si rem ⟨do⟩, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest, vel ad repetendum condictio. quod si tale est factum, quod locari non possit etc. ». Chi sostiene essere questo frammento tutto quanto (o quasi) opera dei compilatori è il Gradenwitz [1].

---

[1] *Interpolationen*. p. 132 sgg.

Il Lenel assai più cauto è costretto tuttavia a riconoscere che molto fu dai compilatori aggiunto o mutato [1]. Gli argomenti del Gradenwitz per il § 2 sono: la contraddizione fra quanto qui s'insegna circa la locazione e l'insegnamento (teoricamente assai migliore) di Celso per la compravendita (D. 12, 4, 16) e lo stretto nesso coi §§ 1 e 3., che pur si ravvisano chiaramente interpolati. Che però Paolo potesse avere un'opinione discorde da Celso sulla questione della natura consensuale o reale del contratto in parola, mi pare possibile, e che, nonostante le innegabili e gravi interpolazioni, qua e là appaia il genuino substrato pauliano, mi pare sicuro. E precisamente nel paragrafo presente mi sembra che possa attribuirsi a Paolo quanto segue: « at cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari soleat, puta ut tabulam pingas, locatio erit; quod si tale sit factum, quod locari non possit etc. ». Il seguito infatti nulla offre di sospetto, ove si tolga l'ultima parola del paragrafo apposta dai compilatori. Ma a questi si deve la distinzione fra 'pecunia data' e 'si rem ⟨do⟩', dove la manifesta lesione della sintassi e dell'euritmia provano la intrusione. Si volle fare il perfetto riscontro a quanto nel § 1 si dice dell'*emptio*. I compilatori scrivono « si rem », quasi che qui pure precedesse come nel § 1 'si... pecuniam dem'. Anche supplendo 'do', il passo non corre ancora: a 'pecunia data' deve corrispondere 're data'. Questo passo è a mio avviso molto importante, perchè ci illumina circa le vere idee dei compilatori. Che il requisito della *pecunia* non fosse per il diritto pregiustinianeo essenziale alla *merces*, s'è visto. E come si dovranno considerare, secondo i compilatori e la scuola bizantina, i casi della colonia parziaria e simili? Secondo Taleleo [2], come società o come contratto reale innominato, a seconda dell'intenzione delle parti. Forse anche venivan trattati come un patto munito di azione: ciò proverebbe l'inserzione della c. 9 (8) nel titolo *de pactis* (2, 3). In verità la costituzione dice solo « fidem pacto praestare... compelletur », il che significa che deve osservarsi la convenzione e non aggiunge come questa si classifichi: ma l'intervento della parola *pactum* determinò

[1] *Palingenesia*, I, 1194-1195.
[2] Θαλ. Bas. Hb., I, 648.

i compilatori, che verosimilmente pensarono a una convenzione diversa dai quattro tipi di contratti consensuali e vestita (come altre nediritto imperiale) di azione.

È ovvio che nessuna ragione intrinseca conforta la distinzione propugnata dal Lopez, dall'Illigero e dal Gesterding fra *locatio faciendi* e *locatio fruendi.* Perchè qui s'abbia da ammettere una mercede non consistente in denaro e là invece no, non comprendo affatto; ed i citati giuristi non avrebbero forse statuito una simile distinzione, se non fosse stata (oltre una meno retta intelligenza delle Istituzioni) l'esistenza di D. 16, 3, 1, 9 e 19, 5, 5, 2. Basti, del resto, leggere quanto essi scrivono circa tale distinzione, per accorgersi che essa non è per sè affatto sostenibile.

Le origini del contratto di società in Roma (*) [1].

§ 1.

La voce « socius » nel senso di *condomino* (Iul. in D. 33, 5, 11) è usitatissima nelle Pandette ed anzi numericamente prevale questo significato sull'altro di « partecipe a un contratto di *societas* » [2]. E d'altra parte essa risale in tale significato molto addietro, per es. Plauto, *Rudens*, v. 1023 [3]:

quo argumento socius non sum et fur sum: facdum ex te sciam.

Cfr. v. 1026:

mane iam: repperi quo pacto nec fur nec socius sies.

(*) [In *Archivio Giuridico*, 38, 1887, pp. 3-32].

[1] Bibliografia: SALKOWSKY, *De iure societatis praecipue publicanorum*, Koenigsberg, 1869. Cfr. LO STESSO, *Zur Lehre von den juristischen Personen*, Lipsia, 1863; LASTIG, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXIV, 409 sg.; PERNICE, *Parerga*, I *(Zum römischen Gesellschaftsvertrage)*, nella *Ztschr. der Sav. St.*, R.A., 3, 48 sgg.; LEIST, *Zur Gesch. d. röm. Gesellsch.*, 1882.

Non senza molta titubanza m'induco a citare il saggio infelice del POISNEL, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1879, pp. 450 sgg., 531 sgg.

[2] SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Gesch. des röm. Privatrechts*. 313, *b. d.*

[3] 4, 3, 84 (FLECKEISEN).

Ove evidentemente 'socius' vuol dire 'comproprietario' (1). Cfr. ibid. v. 551 sg. (2):

> Vel consociare mihi quidem tecum licet:
> aequas habemus partes.

Tale comunione può riferirsi ad un complesso di cose, come nel caso di eredità o di aggiudicazione dei beni del debitore insolvente a più creditori: può anche riferirsi ad una cosa sola, come per es. in un legato lasciato a più persone. Coloro che si trovano in tale condizione possono venire alla effettiva divisione delle quote: antichissima è l'azione per « *erciscere* » ossia dividere la *familia* fra i varii coeredi e probabilmente anche fra i concreditori aggiudicatari dei beni del debitore insolvente: ed io riferirei qui il '*partis secanto*' famigerato (3). In altri casi, per es. in quello dei collegatari, azione divisoria in origine, come è noto, non esisteva: qui, come altrove, il diritto non era ancora intervenuto a regolare ciò, che per quei tempi soleva abbastanza convenientemente disporsi per mezzo di convenzioni private. Noi possiamo ritenere come cosa certa che spesso tale stato di comunione sarà stato solamente passeggero e che le parti saranno addivenute sollecitamente alla divisione: in qualche caso, per esempio in quello dei concreditori, questa era una vera necessità. Invece altre volte tale comunione potrà essersi perpetuata per volere delle parti: due collegatari di un fondo avranno avuto non di rado maggior vantaggio a possederlo in comune, che non a dividerlo in due proprietà distinte. In ispecie poi ci viene attestato che i varii '*consortes*' (4) o coeredi, specialmente se succeduti al comune *paterfamilias*, continuassero spesso per lungo tempo nello stato di indivisione. *Illut* — dice Gellio in

(1) Gripo infatti risponde:

> Nescio: neque ego istas vostras leges urbanas scio
> nisi *quia hunc meum esse dico.*

Ossia, " tutto mio e non in comproprietà ".

(2) 2, 6, 67 sg.

(3) Cfr. VOIGT, *Die XII Taf.*, 2, 361, n. 17 e specialmente: *Ueber die Geschichte des röm. Executionsrechts*, nei *Berichte d. sächs. Ges.*, Phil.-hist. Kl., 1883, pp. 83-85.

(4) Fest., p. 297 b, 8 M.

un passo notissimo: 1, 9, 12 — *fuit antiquum consortium, quod iure atque verbo romano appellatur « ercto non cito »*. E si conferma la notizia gelliana col passo di Festo, citato in calce, e più ancora con quel passo pur notissimo di Paolo Diacono, p. 72: diser[c]tiones divisiones *patrimoniorum* inter *consortes*. Ma, posto come indubitato quel significato di *consortes* e *consortium* che s'illustra poi anche, come vedremo, con varii passi dei Digesti, rimane oscuro il senso di quelle ultime parole gelliane '*ercto non cito*'. Il Voigt (1) le assumerebbe come ablativo assoluto e sottintenderebbe ' vivere ' o simile parola, e per lui sembra stare il parallelo serviano *ad Aen.* 8, 642 (cit. di Donato): « *ut est in iure* ' ercto non cito ' *i. e. hereditate non divisa* ». Comunque si pensi del resto su questo punto (certo non si accordavano neppure gli antichi (2)), è da respingersi assolutamente col Pernice (3) il tentativo di taluni autori moderni, fra cui segnatamente il Karlowa (4), di riferire quella notizia all' *heredium* e d' interpretarla in guisa, che ne risulti solenne divieto legislativo di addivenire alla divisione di esso. *Ercto* sarebbe supino, *cito* imperativo: « ad divisionem ne vocato » sarebbe il senso di questa frase. Ma, se un supino 'ercto' apporta difficoltà non lieve, un imperativo « non cito » è addirittura impossibile e le XII tavole stesse (dacchè il Karlowa ritenne appunto che parole della legge decemvirale siano queste) dicono almeno: « arceram ne sternito » (5).

Che poi il *consortium* non si possa identificare con l' *heredium* è ormai ammesso. Non si tratta adunque di una parte, ma di tutto il patrimonio ereditario: « *sors* et patrimonium significat, unde et *consortes* dicimus »; e non si tratta di un divieto legislativo di alienare e dividere, ma di una volontaria comunione continuata fra i coeredi. Naturalmente si deve pensare che *ercto non cito* vivessero soprattutto i figli, i quali insieme erano succeduti al comune *paterfamilias*, nella cui *potestas* erano fino alla sua morte rimasti. E per vero costoro

---

(1) *XII Taf.*, 2, 112 n.

(2) *Cic. de or.* 1, 56, 237; Paul. Diac., p. 82. 16.

(3) *Ztschr. der Sav. St.*, R.A., 3, 71 sg.

(4) *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, p. 143.

(5) PERNICE, l. c.

erano uniti da vincoli strettissimi di sangue e poi già prima erano avvezzi al vivere comune, quando tutti si trovavano, con le loro famiglie, raccolti sotto la potestà del defunto. Si aggiunga ancora che prima della successione niuno di essi aveva, essendo persona *alieni iuris,* un patrimonio particolare e tanto più facile era quindi che s' accontentasse di questa comunione fraterna dei beni. Spettacolo questo non apparso per la prima volta in Roma ([1]); e non ignoto certamente neppure ai giorni nostri, specialmente fra gente dedita all' agricoltura, dove tale sistema è reso assai più facile e dalla tenuità del patrimonio e dalla parca semplicità dei costumi ([2]). *Quid Aelia familia? quam locuples? sexdecim eodem tempore Aelii fuerunt, quibus una domuncula erat eodem loci, quo nunc sunt Mariana monumenta: et unus in agro Veiente fundus, minus multo cultores desiderans, quam dominos habebat* ([3]).

E ancora nei Digesti, ov'è parola di *consortes,* quasi sempre si allude ai fratelli: Pomp. 35 ad Q. M. D. 29, 2, 78: « duo fratres fuerant: bona communia habuerant ». Paul. D. 27, 1, 31, 4 « neque igitur *fratres consortes* plurium loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent et ratio administrationis pariter reddenda sit »: cfr. D. 10, 2, 39, 3 e 17, 2, 52, 8 ([4]). Ma ciò non toglie che talora continuassero nella indivisa comunione dell' eredità anche coeredi estranei, aventi già un proprio patrimonio e questo, come già nel suo *M. A. Labeo* ([5]) avvertiva il Pernice, sarà stato specialmente il caso, in cui il testatore avesse una azienda, nella quale i coeredi volessero continuare.

Lasciando a parte del resto questo caso, certo d' origine meno antica e d' uso meno frequente, non si può dubitare che

---

([1]) Cfr. per es. SUMNER MAINE, *Études sur l' histoire des institutions primitives* (trad. franc.), p. 100 sgg., 243.

([2]) In Val di Chiana per es. vivono tuttavia tali comunioni fraterne e si perpetuano per varie generazioni. A Torrita un tale consorzio contava pochi anni fa perfino 70 persone. Abbiam dunque noi pure gli esempi da contrapporre ai 16 Elii conviventi con le rispettive famiglie.

([3]) Val. Max. 4, 4, 8. Cfr. Varr. *r. r.* 3, 16, 2.

([4]) In tal caso forse v'era anche un motivo religioso, che poteva agevolare la perseveranza nel *consortium;* PERNICE, *Zum röm. Sacralr.*, II, p. 30.

([5]) 1, 444: cfr. *Ztschr.* cit., p. 68.

nel consorzio della prima specie tutto fosse regolato non tanto con criteri formali di diritto, quanto « fraternamente »: ciascuno dei consorti prendeva dai comuni redditi quella parte che bisognava a lui ed alla propria famiglia: sciolta la comunione, ciascuno ritirava la parte di capitale rispondente alla propria quota ereditaria: l'azione divisoria infatti non era che l'azione *familiae erciscundae*. Si può tuttavia credere che, sussistendo ordinariamente il consorzio tra fratelli succedenti al comune *paterfamilias*, anche le quote ereditarie dovessero essere uguali; e niuno anzi negherà che a perseverare in un consorzio, quale fu da noi dipinto, dovesse la disuguaglianza delle parti recare difficoltà non lieve. Il passo di Seneca *de benef.* 6, 13 mi pare che confermi tale asserzione, poichè da esso risulta in modo chiaro non essere stata punto cosa facile nè consueta un consorzio, data la disuguaglianza delle quote: « *licet* id ipse ex maiore parte possideat, *si modo* me in consortium admisit » (1). Da ciò potè benissimo derivare la massima, che pare aver dominato nei primi tempi in cui il contratto di società ebbe giuridico riconoscimento (2), dovere cioè ciascuno dei soci conferire ugualmente. Ne potè forse derivare anche il principio che, non determinate le quote spettanti a ciascun socio nella divisione del patrimonio sociale, si debbano queste riputare uguali nonostante i disuguali conferimenti? (3). A me pare che no. Giacchè, non essendo impossibile un consorzio fra coeredi istituiti in parti disuguali (4), e dovendo esso risolversi (ove non fosse fattibile per convenzione delle parti) con l'*actio familiae erciscundae*, ciascuno riceveva la sua quota ereditaria (5). Il

---

(1) Poco ad ogni modo si può ricavare da un passo come questo, in cui la metafora potrebbe benissimo trascurare l'esattezza giuridica.

(2) Cfr. lo stesso PERNICE, *Labeo*, 1, 249. Cfr. D. 17, 2, 29 pr.

(3) Secondo l'opinione prevalente. Le osservazioni del VANGEROW, *Pand.*, § 651, n. 2 (7ª ed., 3, 472 sg.) non s'accordano col linguaggio delle fonti.

(4) Le due sorelle nubili che convivevano in consorzio coi figli di Appio Claudio Pulcro verso il 678 di Roma (cfr. Varr. *r. r.* 3, 16, 2) non avranno avuto, secondo ogni probabilità, parte uguale ai loro fratelli.

(5) Il POISNEL tace di ciò e insiste invece nel 'partage par tête' dei redditi, che egli deriva dal 'ius fraternitatis' (l. c., p. 459). Ma nell'antico consorzio, quale ce lo dipingono le nostre fonti, ogni consorte dovette prendere quanto a sè ed ai suoi occorresse: e, del resto, essendo comuni la più parte delle volte il vitto, l'alloggio ecc. dei consorti, appena si poteva di-

consortium durava poi indefinitamente, finchè alcuno dei *consortes* urgesse per la divisione [1]; in questo senso ha perfettamente ragione il Poisnel ove dice che « société taisible » e « société perpétuelle » sono termini correlativi. Morto uno dei consorti, subentrano in suo luogo gli eredi e non si fonda già un rapporto nuovo; ma continua l' antico.

Che i consorti, come in genere i condomini, si dicessero « socii », ed il loro rapporto « societas », fu avvertito fin dal principio di questo lavoro. Ma, nonostante la identità del nome, si distinse sempre nettamente tale rapporto dal contratto vero di società, e bene riassumeva l'Anonimo [2], quando avvertiva:

σημείωσαι ὅτι τὸ εἶναι τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν ἀδιαίρετον οὐκ εἰσάγει κοινωνίαν.

Non c' è dunque contraddizione tra questo fatto e la restrizione dell' *actio pro socio* ai casi di un vero contratto di società. Si potrà disputare, come fa il Leist [3], se mai dalle prestazioni personali, a cui pure si riferiva l' *actio familiae erciscundae* fra i consorti, si sviluppasse quella *pro socio*: più probabilmente, anzichè una evoluzione naturale, abbiamo un' imitazione artificiosa, e neppur questa è necessariamente da concedersi. Poichè l' introduzione dell' azione di società dovette dare efficacia giuridica a quanto già prima avveniva per volontà delle parti: niuno vorrà infatti negare che si solesse contrarre società molto prima che il diritto riconoscesse tali convenzioni e desse l' azione relativa. Il Poisnel invece, dopo avere osservato (e certo con ragione) « que les mots *societas* et *socius* ne sont

---

scorrere di ' partage '. Se mai il Poisnel pensa ai risparmi e incrementi del patrimonio comune fatti durante il consorzio, questi al tempo dello scioglimento avranno seguito le sorti del patrimonio ereditario, come prodotti di esso. Altri acquisti e guadagni non entravano nel consorzio (cfr. D. 17, 2, 52, 6) nè dovevano essere frequenti, vista la condizione delle persone fra cui soleva consistere il consorzio.

(1) E ciò può egli sempre fare, nè meno liberamente può disporre della sua quota. Che poi la morte d' uno dei consorti fornisse agli altri occasione singolarmente propizia per sciogliere il consorzio è naturale e risulta poi anche dai testi ora benissimo interpretati dal Pernice, *Ztschr.* cit., 3, 69 sg. Lo stesso avviene tuttora in Val di Chiana.

(2) Sch. 'Ανωνύμου, Bas. Heimb. 1, 754.

(3) Op. cit., p. 26.

pas réservés au contrat, mais s' étendent à toute espèce de communauté », ne deriva che l' *actio pro socio* sia stata in origine in uso anche per le comunioni non contrattuali, ed anzi vi abbia « pris sa source ». Ora, così egli si esprime [1], « conçoit-on bien que dans une *societas* un *socius* ne puisse pas agir *pro socio?* Que cette anomalie soit admise à l'époque classique, on ne saurait le nier; mais elle est assez bizarre pour avoir besoin d' être expliquée. Ne trahit-elle pas une période, où l' action fut aussi large que les mots ? Puis l' action s' est restreinte par des inconvénients, que nous indiquerons bientôt, tandis que les mots ont gardé leur étendue primitive ». È un modo di ragionare non troppo convincente cotesto. Si capisce benissimo come il diritto, cominciando ad accordare azione per la *societas*, l' accordasse solo per la categoria delle società contrattuali: in questo nulla vi ha di contradditorio. Invece ripugnerebbe allo spirito romano il processo immaginato dal Poisnel, una concessione generale delle azioni che poi si restringe ad una categoria determinata: troviamo spesso in diritto romano istituti particolari prima, che si generalizzano poi; il processo inverso non è punto confortato da analogie [2]. Se Paolo D. 10, 3, 1 dice: « communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet », niuno vorrà vedervi una testimonianza di quanto il Poisnel asserisce. Giacchè Paolo si guarda bene dal dire che un tempo l'azione di società avesse più larga efficacia ed applicazione: è pertanto una motivazione poco felice o almeno poco felicemente espressa, da cui si può solo ricavare essere l' *actio communi dividundo* sorta in tempo relativamente recente [3]. Del resto niuna prova può arrecare il Poisnel per suffragare la propria dottrina, e gli inconvenienti ch' egli arreca, i quali avrebbero dovuto provocare un fenomeno a suo modo di vedere tanto bizzarro, non la rendono

---

(1) *Revue* cit., p. 456 sg.

(2) Per questa e molte altre ragioni va respinta l'opinione dell' UBBELOHDE (*Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, p. 54 sgg.) sulla genesi dell' *actio fiduciae*. Lo staccarsi della *permutatio* dalla *emptio venditio* (a cui si richiama anche il RUDORFF, *Ztschr. für. RG.*, 11, 58) non può naturalmente addursi come analogia.

(3) V. per tutti il VOIGT, *Die XII Taf.*, 2, 114. 507 n.

per fermo più probabile. In origine, così egli avverte, l'*actio pro socio* non colpiva che il dolo. Sebbene recasse l'infamia, non la si trovava troppo rigorosa finchè colpiva solo gli sleali portamenti dei consociati [1]. Ma più tardi fu estesa anche alla colpa: nè fu gran beneficio esigere dal socio la *diligentia quam suis*, che poteva condurre anche a più severo rendiconto della stessa colpa lieve. Si poteva ammettere che al grave pericolo di incontrare per una leggiera negligenza l'infamia fosse esposto colui, che l'avesse, contrattando, volontariamente assunto; non colui che, senza volerlo, *incidebat in communionem*. E però l'odiosa *actio pro socio* esulò dalle comunioni estracontrattuali e si restrinse ai casi delle società contrattuali. Un pittore, che nel fare un paesaggio applicasse al rovescio le regole della prospettiva, non farebbe un quadro più infelice. Lasciando ora stare che la così detta *culpa in concreto* è una figura sorta solo nell'età classica, è credibile lo svolgimento immaginato dal Poisnel? Il restringersi dell'*actio pro socio* al solo contratto di società dovette, secondo lo stesso autore, avvenire in tempo remotissimo: tutte le notizie che noi abbiamo su quell'azione sono tutte posteriori a quel fatto. Nello stesso tempo ci si insegna che tale restrizione fu cagionata dal fatto che invece del semplice dolo si cominciò a colpire anche la colpa del socio. Non sarebbe stato più semplice annettere l'infamia alla condanna per dolo ed escluderla nel caso di condanna per colpa, salvando così quell'ampia sfera d'applicazione dell'*actio pro socio*, che tanto più doveva essere importante, in quanto che l'*actio communi dividundo* era ignota ancora? Ed anzi non opinano ancora parecchi moderni che questa azione non infamasse che in caso di dolo e di colpa lata? [2]. Ma v'ha di più. Il Poisnel trasporta tutto ciò in tempi remotissimi, eppur sappiamo di sicuro [3] che ai tempi di Adriano si disputava ancora se l'*actio pro socio* si potesse esperire soltanto per dolo od anche in caso di colpa! Nè io so poi vedere una grande differenza tra chi contrae una *societas* e chi nel

---

[1] In sostanza l'idea è già nello JHERING, *Schuldmoment*, p. 31. 33. Il POISNEL ne avrebbe potuto vedere la confutazione nel PERNICE, *Labeo*, 1, 442.

[2] Per es. SERAFINI, *Istituzioni*, 3ª ed., p. 351.

[3] Cfr. PERNICE, *Labeo*, 2, 360 sg.

consorzio volontariamente persevera: si può *incidere in communionem* inopinatamente, restarvi è volontà deliberata. E finalmente s'è accorto il Poisnel (1) come sia poco probabile che l'infamia avesse origine nel consorzio, ove tutto è informato da uno spirito di fraternità; ma ha cercato di vincere la difficoltà, tenendo una via che a niuno potrà parer buona. Fra i consorti, dice, v'era l'*actio familiae erciscundae;* ma essa non aveva una sanzione penale contro i possibili « abus de confiance »: ora « la fonction qu'elle ne pouvait pas remplir suscita l'actio pro socio, dont la physionomie est différente ». Ad ogni modo fra i consorti si sarebbe potuto agire per furto: questo principio è inconcusso ai tempi di Ofilio (2): in Sabino ritorna più volte, come regola di cui non s'è mai dubitato (3). Del resto, quale traccia vi è mai che tale fosse l'origine dell'*actio pro socio?* I giureconsulti anzi trovano il bisogno di insistere sul punto che questa comprende anche gli « abus de confiance » (4). O il Poisnel legge tutta la sua storia nella « infamia »? In tal caso i risultati, ormai sicuri, dei più recenti studi sull'origine delle azioni infamanti gli rimasero ignoti.

Nè più fortunato è stato il Poisnel nella ricerca delle analogie. Egli pensa all'*actio fiduciae*, in origine così comprensiva, che venne a perdere sempre più terreno e finalmente a morire. Quale fu la ragione di ciò? Secondo il P., l'efficacia infamante di tale azione; e difatti fu sostituita dalle azioni di pegno e commodato non infamanti e dall'azione di deposito infamante sì, ma efficace solo in caso di dolo. Ma tale analogia non esiste punto. La fiducia non perdette mai terreno nel senso che vuole il Poisnel: vale a dire la sua sfera di applicazione rimase immutata: soltanto le sorsero accanto altre forme, non solo di azioni, ma di contratti, che sussiste-

(1) Egli ignora però le osservazioni del PERNICE, *ibid.* 1, 444.

(2) Ulp. D. 10, 2, 16, 6 esclude l'*a. furti* solo perchè il furto fu perpetrato da un *servus communis*.

(3) Ulp. 41 *ad Sab.* (D. 47, 2, 45); 30 *ad Sab.* (D. 17, 2, 45; 51). Ad ogni modo v. UBBELOHDE, l. c., p. 41.

(4) Ulp. 30 *ad Sab.* (D. 17, 2, 45): " si (socius) per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet . . . . et pro socio actione obstrictus est ".

rono paralleli alla fiducia. Invece l' *actio pro socio* avrebbe perduto una gran parte, forse la più gran parte, della sua sfera originaria di applicazione. E poi chi verrà a sostenere che il motivo per cui sorse il contratto di pegno e poi s'accolse l'ipoteca e si dette azione per il commodato e per il deposito sia stata l'efficacia infamante della fiducia? Quasi che i progressi del *ius gentium*, le influenze del diritto ellenico, il bisogno di riconoscere giuridicamente quanto s'è creato in seno al popolo, sieno solamente un sogno! E poi non è difficile spiegare perchè il pegno e l'ipoteca non fossero tutelati da azione infamante: il creditore non è più proprietario dell'oggetto e non può più, approfittando del suo dominio, tradendo la *fides* promessa, ingannare il debitore. Il commodato non rende infame; ma per quali ragioni è già stato da lungo tempo rivelato ai romanisti [1]. Insomma per nessun verso la dottrina del romanista francese si può sostenere.

§ 2.

La società bilaterale *(gegenseitige Gesellschaft)*, come il Lastig la dice [2], avrebbe avuto esclusiva radice nel consorzio e, per via indipendente, arriva ora allo stesso risultato il Leist nell'opera citata.

Invece il Pernice nel suo *Labeo* [3] aveva sostenuto che il contratto di società — almeno in quelle forme, che il Lastig comprende sotto il nome di *gegenseitige Gesellschaft* — avesse nella vita romana due radici: la *societas omnium bonorum* si sarebbe svolta a imitazione del consorzio, le società particolari dalle corporazioni commerciali: non senza però che spesso gli elementi si incrociassero; tanto più, quanto meglio si ravvicinarono le forme diverse. Lo svolgimento, quale è immaginato

---

(1) PERNICE, *Labeo*, 1, 249. V. anche le osservazioni di questo autore sull'origine del pegno, deposito e commodato. Il POISNEL ammette ancora con l'UBBELOHDE che le azioni relative sieno derivate dall'*actio fiduciae*. In contrario già il RUDORFF, loc. cit., p. 63 (1872), che pure non conosceva ancora il 1° volume del *Labeo* (1872).

(2) l. c., p. 409. 427.

(3) 1, 444.

dal Lastig, è acutamente pensato; non meno acuta è però la critica, che gli oppose il Pernice nella prima parte dei suoi *Parerga*. Siccome non giova punto ripetere cose già dette e dette bene, così ci limitiamo a riassumere con la massima brevità lo stato attuale della questione, facendo poi susseguire alcune nostre osservazioni.

Secondo il Lastig al consorzio formato dagli *heredes sui* del *paterfamilias* sarebbe succeduto il consorzio volontario, quando cioè fra i chiamati vi fosse stato anche qualche figlio emancipato dal testatore [1]. Questi (prima che s'introducesse l'obbligo della collazione per l'editto del pretore) avrebbe chiamato anche gli emancipati, imponendo loro di conferire il loro avere nella massa ereditaria: e così si sarebbe aperto l'adito allo sviluppo della *societas omnium bonorum*. Si dovettero aggiungere poi anche al *consortium* patti relativi agli acquisti futuri, secondo cui doveva essere comune il guadagno da ricavarsi da uno o più negozii determinati o anche in genere da ogni futuro acquisto. Queste convenzioni, prima secondarie, diventarono a poco a poco la cosa principale e non si ritenne nemmeno più necessario che si creasse un condominio, a cui tali patti si dovessero annettere. Così si sarebbero avute poi le società particolari, non che la *societas quaestuaria*. Il Pernice obbiettava che non è facile ammettere la teorica del Lastig, abbandonando quella comune che il dovere della collazione sia sorto solamente dopo che il diritto pretorio conferì all'emancipato la *bonorum possessio unde liberi* e *contra tabulas*, quasi a compenso dello strappo recato al *ius civile*. Prima, infatti, come avrebbe il testatore potuto imporre la collazione? Dal momento ch'era a lui pienamente libero di stabilire le varie

---

[1] Ha perfettamente ragione il PERNICE, loc. cit., p. 75, ove respinge questo appellativo di 'volontario'. Ciò, che qui importa, non è che gli eredi succedano *ipso iure* o debbano adire, ma che, avendo acquistata l'eredità, acconsentano a rimanere nel consorzio. In questo senso il consorzio è sempre volontario. Diversamente Papiniano, D. 17, 2, 52, 8. Ivi si tratta di un vero contratto di società. Benissimo l'Anonimo rende il 'si voluntarium consortium initum fuerit' per "ἐὰν ἀδελφοὶ κοινωνίαν συστήσωνται", 'si fratres societatem contraxerint'. Lo Stefano ha pure: "προαιρέσει καὶ δίχα τινὸς ἀνάγκης συνεστήσαντο κοινωνίαν totorum bonorum". "proposito atque citra necessitatem *societatem totorum bonorum* contraxerunt". Cfr. Bas. 12, 1, 50 e sch. Ἔχει, Bas. HB. I, 754.

quote, non era cosa abbastanza semplice quella di fissarle in tale misura, da riparare lo svantaggio dei figli rimasti nella potestà di lui? Tutto poi parla contro una tale ipotesi. Se la collazione si soleva ordinare fin da tempi così remoti, come mai non si conosce un'azione per ottenerla? E se davvero negli antichi testamenti era ordinario l'imporre la collazione, com'è mai che l'Editto del pretore non conosceva l'obbligo di essa che nella successione intestata o in quella *contra tabulas* dell'emancipato? Non si sarebbe dovuto supplire qui, come si è supplito altrove (si pensi al diritto d'accrescimento fra i legatarii, alla presunta sostituzione pupillare o volgare ecc.), al silenzio del testatore? Ma non si può nemmeno dire che, data la ipotesi del Lastig, si pervenga così facilmente al risultato cui esso mira, poichè la collazione non implica conferimento di tutta la sostanza antecedente dell'emancipato, nè si conferisce a tutti, ma solo agli *heredes sui* del defunto, ed anche a costoro solo nel caso che la successione dell'emancipato sia loro di danno. C'è dunque una grande differenza tra un consorzio fraterno (pur ammessa la collazione da parte degli emancipati) ed una *societas omnium bonorum*. Più semplice e indubbiamente meno lontano dal vero è per certo quanto opina il Leist[1], che cioè, date le antiche condizioni, spesso il consorzio si convertisse in una società universale. Ma la *societas omnium bonorum* non si deve concepire quale svolgimento naturale, bensì quale artificiale imitazione del consorzio. Si vegga per es. quanto dicono Papiniano (D. 17, 2, 52, 6) e Scevola (D. 10, 2, 39, 3), e sarà facile derivare quali differenze sostanziali intercedano fra l'una e l'altro. Si aggiunga che, mentre nella *societas omnium bonorum* gli acquisti, secondo la più probabile opinione, non si comunicano *ipso iure* fra i soci come si comunicano invece i beni di essi al tempo della sua costituzione, nel consorzio, vista la natura dei rapporti e quella pur anche degli acquisti, consistenti in frutti ereditari, tale regola non potè sorgere facilmente. E si vide pur anche come nel consorzio ciascuno doveva prendersi quella parte di reddito che ai suoi bisogni occorresse: benchè non attestato, questo è da ritenersi in forza della natura medesima delle relazioni intercedenti fra

[1] Op. cit., p. 25.

consorti. Ora in ben diverso modo si procedeva nella *societas omnium bonorum*. E si ammetterà pure una differenza fra i due istituti in ciò che si presumono eguali le quote dei soci nella *societas omnium bonorum*, nonostante i disuguali conferimenti, mentre nel consorzio, che si scioglie con l'*actio familiae erciscundae*, le quote, che poi si levano, restano pur sempre le ereditarie. La *societas omnium bonorum* si scioglie con la morte di uno dei soci: il *consortium* invece perdura, ancorchè uno dei consorti venga a mancare: i suoi eredi succedono in luogo suo e non s' inaugura un rapporto novello, ma si continua l'antico.

Sono gravi tali differenze fra il consorzio e la *societas o. b.*, e manifestano la natura diversa dell' uno e dell' altra. Non possiamo negare, però, che quest' ultima si rannodi per più d' un filo al primo ed anzi ne derivi le due caratteristiche principali, che sono il *transitus legalis* e lo spirito di *fraternitas*. Non si saprebbe spiegare altrimenti il primo, fuorchè pensando al consorzio ereditario, in cui il condominio degli eredi sorge *ipso iure* con l' adizione, ed anzi (nella maggior parte dei consorzi continuati fra i *sui*) con la morte del testatore. E la *fraternitas* con tutte le sue conseguenze, prima fra le quali il *beneficium competentiae*, parla potentemente in favore di tale origine. Non c'è da dubitare che in origine il *beneficium competentiae* valesse solo per la *societas o. b.* e che Sabino tentasse per il primo di estenderlo alle società particolari.

Ulpiano, 31 *ad Ed.*, D. 17, 2, 63 pr.:

« Verum est quod Sabino videtur, *etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei*, attamen in id quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnari oportere: hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat ».

Lo stesso Ulpiano però (e non c' è troppo da meravigliarsi) nel l. 63, *ad Ed.*, D. 42, 1, 16 scrive:

« Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur (id est non deducto aere alieno). et quidem sunt hi fere qui *pro socio* conveniuntur: *socium* autem omnium bonorum accipiendum est » (1).

---

(1) Non so perchè il VANGEROW, *Pand.*, § 174, not. 2, n. 7 (I, 293) trovi queste parole " ziemlich unlateinisch ". Cfr. del resto GLUECK, *Ausf. Erl.*, 15, 428 sg.; PUCHTA, *Pand.*, § 245, n. *p.* (12ª ed., p. 378).

Il Vangerow (1) propone una conciliazione fondata su D. 42, 1, 22, 1; ma assolutamente inattendibile (2), com'è inattendibile la sua versione del fr. 63 pr. cit. Il vero si è piuttosto che realmente nel diritto antegiustinianeo v'era disparità di opinioni in proposito: la dottrina di Sabino non era stata universalmente accolta. Ulpiano seguì incautamente (secondo il modello che gli stava davanti) or l'una or l'altra opinione (3).

L'ordinaria società, invece, non potè derivare dal consorzio. Più volte i consorti avranno iniziato qualche affare comune o continuato in comune un'azienda del defunto; ma che da tali casi abbia potuto sorgere la società ordinaria, e in ispecie la questuaria, non è verosimile. La presunzione notissima posta da Sabino (D. 17, 2, 7; 9), che una società si debba ritenere diretta ai guadagni derivanti dalle comuni *negotiationes*, vi contraddice. Tale presunzione fa inclinare piuttosto a credere che l'origine delle ordinarie società debba cercarsi nelle corporazioni di carattere commerciale, in Roma antica tanto frequenti. È curioso spettacolo vedere il Poisnel trarsi d'impiccio da questa difficoltà, che si impone a lui (4) come avrebbe dovuto imporsi al Lastig ed al Leist. Comincia ad osservare (e la responsabilità di tale osservazione va tutta lasciata a lui) che non poteva esservi nel consorzio fraterno grande differenza fra il riconoscere comune ogni acquisto o solo quelli *ex causa quaestuaria* (?) e che poi ad ogni modo, date le gravi conseguenze di una *societas omnium bonorum*, specialmente fra estranei « il était évidemment impossible d'aller jusque-là ». Bel modo invero di levarsi d'attorno una difficoltà inesorabile! Non minore difficoltà proviene dal carattere infamante dell'azione *pro socio*. Si danno certamente azioni infamanti anche tra *fratres*; ma l'ammettere che un'azione infamante sorgesse primamente in un rapporto tutto quanto

---

(1) Loc. cit.

(2) Pernice, l. c., p. 89 in nota. Notevolissimo si è che niuno dei greci sia accorto della contraddizione. È però vero che a noi mancano gli scolii antichi al libro IX dei Basilici e per conseguenza a D. 42, 1, 16.

(3) V. ora Pernice, *Ulpian als Scriftsteller*, p. 12, n. 3 (*Sitzungsberichte der Berl. Ak.*, Phil.-hist. Kl., 1885, p. 454).

(4) L. c., p. 460 sgg.

dominato dal *ius fraternitatis* è cosa enorme ed inaudita. Invece, l'origine dell'infamia si cercherebbe con assai maggiore probabilità in rapporti commerciali, ove tutto s'aggira intorno alla reciproca *fides*; l'oltraggio alla *fides* — è ormai risaputo — è quello, che rende infame [1]. Si aggiungono altre due difficoltà tutt'altro che lievi e già toccate nel corso di questo lavoro: la presunzione della eguaglianza delle quote di perdita e guadagno (sullo stato delle cose fra i consorti cfr. sopra) e finalmente lo scioglimento della società per morte di uno dei soci. Di queste proposizioni non si può trovare l'origine nello stato consorziale e pure appartengono fin dagli inizi della giurisprudenza romana [2] alle caratteristiche del contratto di società.

La *societas omnium bonorum*, adunque, e la società ordinaria ebbero origine diversa: derivò la prima dal *consortium*; la seconda, assai probabilmente, si modellò sulle corporazioni commerciali. Nel loro sviluppo tuttavia non seguirono due linee parallele, ma presto s'incontrarono e per poco, almeno nella giurisprudenza classica, non si confusero: nel *beneficium competentiae* si tennero però, secondo l'opinione forse dominante dei giureconsulti romani, ancora distinte: certo rimase privilegio della prima il *transitus legalis*.

§ 3.

Rimangono però da esaminarsi alcune difficoltà, che si potrebbero muovere alla teoria del Pernice. La prima è quella che si potrebbe ricavare dai più recenti studi intorno alla ricostruzione dell'Editto perpetuo. Finora la formula dell'azione *pro socio* era stata ripristinata così:

---

(1) PERNICE, *Labeo*, 1, 247 sg.; DONELLO, *Comm. iur. civ.*, 18, 8, 16; PERNICE, *Parerga* cit., p. 95. Sull'origine dell'infamia nella ipotesi della derivazione consorziale sostenuta dal POISNEL (*Revue* cit., p. 548) già s'è discorso e non mette conto di diffondervici maggiormente. Sulla repugnanza fra lo spirito di speculazione e la *fraternitas* discorre bene (pur non riferendosi alla nostra questione ed anzi non vedendo tutta la portata di tale osservazione) il ROESLER, *Das Vermögen der Handelsgesellschaften nach römischem Rechte*, in *Ztschr. f. d. ges. HR.*, 4, 324.

(2) Q. Mucio, D. 17, 2, 11; Servio Sulpicio, D. 17, 2, 71, 1; Proculo, D. 17, 2, 80; Cassio, 17, 2, 29, 1.

« Quod inter A^{um} A^{um} et N^{um} N^{um} societas contracta est *illius rei*, quidquid ob eam rem N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} pro socio dare facere repromittere (1) oportet ex fide bona, eius iudex N^{um} N^{um} A^{o} A^{o}, dumtaxat in quantum facere potest dolove malo fecit quominus possit (2), c. s. n. p. a. (3) ».

A risultati diversi è invece giunto ora il Lenel (4), secondo il quale il Pretore avrebbe proposto soltanto la formula della *societas omnium bonorum*, su cui si sarebbero poi modellate le altre:

« Quod A^{us} A^{us} cum N^{o} N^{o} societatem omnium bonorum coiit, quidquid ob eam rem N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} pro socio dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^{us} N^{us} facere potest, eius iudex N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} c. s. n. p. a. ».

Se questa ricostruzione leneliana fosse la vera, non si dovrebbero dissimulare le nuove e forse insuperabili difficoltà, che osterebbero alla dottrina del Pernice. Il fatto che il Pretore proponesse la sola formula della *societas omnium bonorum* non si potrebbe spiegare che in via storica, come in via storica si devono spiegare tutti gli esempii in cui, in luogo del tipo generale, troviamo addotto un caso particolare. Significherebbe cioè che al tempo, in cui la prima volta fu questa formula inserita nell'albo, il *ius civile* non riconosceva azione che per la *societas omnium bonorum*; soltanto di poi, sul modello di tal formula, si venne accordando azione anche alle altre forme di società. E, siccome la *societas omnium bonorum* ha le sue radici nel consorzio ereditario, che nelle origini sue era una vera associazione familiare, ne verrebbe che l'origine della *societas* s'avrebbe col Lastig e col Leist a cercare appunto nelle comunioni domestiche del diritto antico. E tutto quanto dicevamo nel paragrafo antecedente sullo sviluppo indipendente della *societas omnium bonorum* e della ordinaria società, nonchè sulle reciproche, numerose influenze, verrebbe tutto quanto a

---

(1) Cfr. Cic. *pro Roscio com.* 4, 12; Bekker, *Aktionen*, I, 134.
(2) Contro quest' aggiunta sta D. 17, 2, 63, 7.
(3) Rudorff, *Edictum perpetuum*, § 113; Jousserandot, *L' édit perpetuel*, 1, 349.
(4) *Das Edictum perpetuum*, p. 237 [3ª ed., 297].

cadere. Per lo meno, se non impossibile, lo svolgimento presunto sarebbe difficilissimo a provarsi. Merita quindi che esaminiamo alquanto gli argomenti leneliani (1).

Il precipuo fra essi è preso da D. 17, 2, 63 pr.: « etiamsi non *universorum bonorum* socii sint, sed *unius rei....* ». Ivi si parla del *beneficium competentiae* e il Lenel riferisce questo passo del commentario ulpianeo (fr. 63 pr.-7) a quella parte della illustrazione della formula, che vi si rapporta: « dumtaxat quod N^{us} N^{us} facere potest ». Ecco — dice l'arguto romanista — mostrato ad evidenza che la formula, come tale, si riferiva alla *societas omnium bonorum*. Ora, questo a me non pare. Lo stesso Lenel è d'avviso (p. 236 [298]) che alla formula dell' *actio pro socio* precedesse l' editto (di cui Pomp. in D. 42, 1, 22, 1) sul reciproco *beneficium competentiae* dei socii. Ora non è assai probabile che il fr. 63 pr.-7 si riferisse a questo editto e non alla formula? Ulpiano doveva infatti commentare prima l'editto: e come mai si sarebbe poi tanto diffuso a commentare quella parte della formula già implicitamente chiarita nella spiegazione dell' editto? Non sarebbe stata una ripetizione affatto inutile delle cose già esposte? Si aggiunga che noi sappiamo con tutta certezza che quell' editto (ed è singolare che il Lenel non v' accenni) si riferiva solamente ai *socii omnium bonorum*: cfr. D. 42, 1, 16, ove Ulpiano, arrecando la classificazione scolastica di quelli ammessi al *beneficium competentiae* e cominciando con la classe « pro socio », soggiunge: « socium autem omnium bonorum accipiendum est » (2). Nè si capirebbe infatti come mai, data l' ipotesi leneliana, potessero i giureconsulti romani persistere nell' idea doversi il *beneficium competentiae* applicare solamente ai *socii omnium bonorum*. Se la formula

---

(1) Mentre correggo le bozze di questo articolo, mi perviene il recente lavoro del PERNICE, *Zum römischen Sacralrechte*, II (estr. dai *Sitzungsberichte* dell'Acc. di Berlino, Classe fil.-stor., 1886, p. 1169 sgg.). Ivi a p. 27 sgg. si adducono contro il LENEL alcuni degli appunti che io pure moveva in questo articolo. Lietissimo dell'incontro, che pare indizio della bontà della tesi, nulla ho voluto mutare di quanto già stava scritto. La via, del resto, per cui s'è giunti a quei risultati, è per l'uno e per l'altro diversa.

(2) È danno gravissimo che sia interrotto quel brano dei frammenti sinaitici che espone i casi del *beneficium competentiae*.

proposta per questi era il modello di tutte le altre, come mai tale opinione? A me par necessario ritenere che l'editto non si riferisse che a tale società nell'ordinare la concessione del *beneficium competentiae*: nella formula poi meramente schematica non se ne facesse parola, sicchè questa suonasse a un dipresso così:

« Quod A^s A^s cum N^s N^o societatem coiit, quidquid ob eam rem N^{um} N^{um} A^o A^o (alterum alteri) pro socio dare facere praestare (?) oportet ex fide bona, eius iudex N^{um} N^{um} A^o A^o c. s. n. p. a. ».

Si potrebbe infatti osservare che nella ipotesi leneliana non si concepisce facilmente come la formula si adattasse con lievi modificazioni e quasi riempimenti schematici ai casi della *societas* ordinaria: nello spirito del sistema formulare non sarebbe stato altrimenti possibile di procedere che mediante azioni utili, qualora in luogo di una *societas omnium bonorum* se ne avesse una particolare. Chè non è come della voce « *fundum* » nell'interdetto, di cui Ulp. Fr. Vind. § 4 (1), in luogo della quale si concepisce che possa sostituirsi ogni altra denotante cosa immobile; ma si tratta di una fattispecie ben diversa e di ben diversa efficacia.

Il passo citato, dunque, sta piuttosto contro che a favore dell'opinione del Lenel; gli altri argomenti poi da lui addotti, tolto questo, mal si reggono in piedi. È vero che nei commentari all'Editto ed anche in altre opere si discorre prima della *societas omnium bonorum* che delle altre (2). Ma che perciò? È già per sè cosa naturale che, dovendosi esporre le specie diverse del contratto di società, si cominciasse da quella che è la più ampia ed intensa e per ogni verso la principale. Se poi si ammette, come si deve ammettere, che precedesse l'editto sul *beneficium competentiae*, il quale si riferiva alla *societas omnium bonorum*, la cosa è benissimo spiegata (3). Rimane il nome di « *arbitrium generale* » che dà Sabino alla *societas*; ma questo nome — lo avevano già visto i greci (4) — sta in relazione

---

(1) Cfr. Vat. fr. 92 e Lenel, *E. P.*, 381 [3ª ed., 475].

(2) D. 17, 2, 1, 1; 3 pr.-1; 5 pr.; G. 3, 148.

(3) [Sulla contraddizione fra D. 17, 2, 63 pr. e D. 42, 1, 16 cfr. Ferrini, *Pandette*, p. 712, n. 1].

(4) Stefano? sch. Τὰς μέν, Bas. Hb. I, 644.

con la presunzione che una società non determinata sia di *quaestus generalis* o — ciò che poi torna lo stesso — col fatto che la società ordinaria ebbe la sua radice nelle corporazioni commerciali e s' estendeva nelle origini all' intero guadagno (1).

Ma — pur rimossa e, speriamo, con ragione questa difficoltà — ne rimane un' altra non meno forte. Nel diritto giustinianeo, ed anzi già nel diritto classico postgiulianeo, è cosa dichiarata che la *minima capitis deminutio* di un socio non distrugge la società.

Paul. 32 *ad Ed.*, D. 17, 2, 65, 11: .... adrogatus socius permanet: nam et si filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius.

E pare che si debba, se non addirittura tale massima, certo il suo definitivo riconoscimento a Salvio Giuliano (2). Ad ogni modo non era però questo il disposto dell' antico diritto. Gaio 3, 153 scrive:

« Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti (3) coaequatur: sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas ».

Si noti come l' opinione qui espressa da Gaio sia diametralmente opposta a quella di Giuliano nel fr. 58, 2. E non è meno certo che qui Gaio discorre della *minima capitis deminutio*. Si tratterebbe quindi di un' opinione antica, già posta in dubbio nell' età adrianea (*dicitur*) e sgominata finalmente per sempre da Salvio Giuliano. Ora, non si può negare che la regola antica, per cui si distrugge la società col sopravvenire della *minima capitis deminutio* d' uno dei soci, starebbe in favore dell' opinione che ogni forma di società (eccettuate, tutt'al più, quelle di cui in seguito parleremo) derivasse dalle antiche comunità domestiche o consorzi familiari. Tuttavia, a chi pensi all' intensità della *patria potestas* nell' antico diritto non parrà necessario ricorrere a tale spiegazione storica della regola accennata: essa deriva troppo evidentemente dalle antiche con-

(1) Cfr. Pernice, *Labeo*, 1, 443.

(2) D. 17, 2, 58, 2; 63, 10. sch. Στεφάνου, Bas. I, 772. Anon. [?] Ἔγνως, ib. 1, 777. Altri testi non distinguono: Epit. Gai. 2, 9, 17. D. 17, 2, 4, 1.

(3) Cfr. Pernice, *Labeo*, 1, 166 sg.

dizioni domestiche ed economiche, perchè possa sembrare strana. Il contratto di società (tranne il caso che il *minutus* non avesse conferito che il proprio lavoro, caso nè frequente nè ammesso in origine (1)) si distingueva troppo fortemente da tutti gli altri, perchè si potesse regolare alla stregua di essi. Senza quindi voler negare, come fa il Mandry (2), ciò che Gaio attesta, potremo pensare agli effetti economici della *deminutio capitis* (3). Più tardi, dopo un più largo svolgimento dei peculii, dopo la parificazione più sviluppata del capitale e del lavoro, dopo attenuati gli effetti in genere della *minima capitis deminutio*, si potè trovare più opportuno quel principio, che dopo Salvio Giuliano domina incontrastato (4).

Anche questa regola dell' antico diritto pertanto non rende per sè probabile, nonchè necessaria, la derivazione della *societas* dai consorzi familiari. Ed ove si pensi invece al dualismo che s' affaccia innegabilmente nella società romana (di cui le più salienti espressioni sono 'beneficium competentiae' e 'infamia'), anche la dualità dell' origine parrà ben verosimile e, potrei dire, sicura (5).

§ 4.

Con ciò però non sono punto esaurite le indagini sulle origini della *societas*. Rimane quella forma, che il Lastig chiama società unilaterale di lavoro *(einseitige Arbeitsgesellschaft)* e che anzi per lui è la più antica (6). Tale società è per il Lastig quella, in cui un capitalista si associa taluno, che, partecipando al profitto dell' impresa, vi apporti il lavoro. Società unilaterale la dice (se ha ragione, risulterà dalle cose da dirsi)

---

(1) V. *infra*. e intanto Pernice, *Ztschr.* cit., p. 96.

(2) *Das gem. Familiengüterr.*, I, 174.

(3) Non del tutto diversamente il Cohn, *Beiträge*, I, 285 sg., che però va troppo oltre.

(4) [In *Pandette*, p. 711 n. 2, il Ferrini consente con l' Eisele (*Beitr. zur röm. Rechtsg.*, p. 193) nel ritenere interpolati D. 17, 2, 63, 10; 65, 11].

(5) Dallo spegnersi della *societas* per morte e *c. d.* il Pernice (confrontando il diverso trattamento dell' ospizio) ricava un argomento contro 'den familienrechtlichen Ursprung': *Zum röm. Sacralr.*, II, p. 27.

(6) l. c. p. 427: 'die älteste Societätsform im römischen Rechte sei die einseitige Arbeitsgesellschaft'.

perchè il lavoratore è socio dell' imprenditore, non questo di quello: non essendo comune lo scopo, a cui il contratto mira, ma particolare al secondo. Il Lastig ammette anche il caso reciproco di una società unilaterale di capitale *(einseitige Kapitalsgesellschaft)*, in cui non è il capitalista che va in cerca del lavoratore, perchè, dietro promessa di parte del profitto, contribuisca a raggiungere il fine della propria impresa, ma è piuttosto il lavoratore che, volendo raggiungere un dato fine economico, va in cerca di un capitalista, a cui promette una quota determinata del profitto; e tale sarebbe per il Lastig il caso della mezzeria.

Come esempio vetusto di società di lavoro cita il Lastig i formulari, che si trovano ai c. 144 sg. del libro *De re rustica* di Catone (1). Il proprietario di un oliveto od anche il compratore in massa del raccolto si rivolge ad un imprenditore, il quale si offre per un determinato prezzo a compiere il lavoro del raccolto stesso. Questi si associa un certo numero di (2) lavoranti, a cui promette una parte di guadagno: questi vengono però in rapporto con lui solamente: è desso che pensa a raccoglierli, come pensa a pagarli. Di essi scrive il Lastig così: « Der Manceps allein ist Unternehmer, Geschäftsherr: die Arbeiter sind ihm subordinirt, seine socii, denen auf Zahlung des Arbeitsäquivalentes, also der Quota der merces locationis, die *actio pro socio* zusteht » (3).

Già questo rapporto di subordinazione avrebbe dovuto trattenere il Lastig dallo ammettere un vero contratto di società, e meglio lo vedremo avanti (4). Nè molto conferirebbe all' opinione sua, se si potesse dimostrare che in Catone la voce *socius* si applichi per lo appunto al lavoratore chiamato dal *redemptor*.

---

(1) Cfr. il BEKKER nella *Ztschr. f. RG.*, 3, 421 sg.

(2) Che fossero liberi e non servi, ammette pure il LASTIG, p. 414. Già il BEKKER, l. c., 431, aveva opportunamente citato il testo varroniano *de r. r.* 1, 17, 2: 'res maiores, ut *vindemias*, conducticiis *liberorum* operis'.

(3) Loc. cit., p. 414.

(4) Scrive il BEKKER (3, 431): " Welches Rechtsverhältniss aber bestand zwischen diesem (il *redemptor*) und dem einzelnen Arbeiter? Dienstmiethe oder Gesellschaft. Juristische Bedenken stehen dem letztern gewiss nicht entgegen (per me già sta contro, come dicevo, quel rapporto di subordinazione): aber ob so bei den Römern Brauch gewesen, ist freilich eine andre Frage ".

Tale è per vero la prevalente interpretazione e si appoggia più specialmente al c. 144, 4:

« nequis concedat quo olea — — — carius locetur, extra quam si quem *socium* in praesentiarum dixerit. si quid adversus ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes *socii*: si non ita iuraverint, pro olea — — — nemo dabit neque debebitur ei qui non ita iuraverit ».

Questo passo, da taluni illustratori di Catone tenuto per inesplicabile, fu dal Mommsen interpretato così (1):

« Nessuno (in caso di concorso fra gl' imprenditori) deve ritirarsi allo scopo di far aumentare la mercede della raccolta delle ulive, tranne che (l' uno di essi) nomini come suo socio (l' altro). Ove sembri che siasi proceduto altrimenti, sopra domanda del proprietario o del custode stabilito da lui, tutti i soci (di quell' associazione, con cui fu fatto l' accordo) devono giurare (di non avere cooperato a diminuire dolosamente la concorrenza). Se non giurano, non si pagherà il prezzo stabilito nell' accordo (2).

Contro tale spiegazione osserva il Bekker (3):

1.° Che tale clausola interpretata così non avrebbe il suo analogo nelle altre *leges*, ove si sarebbe dovuto con altrettanta ragione aspettarla.

2.° Che l' incarimento della *merces* per il ritirarsi dei concorrenti è solo possibile nel caso che questi non siano in società con chi rimane. Appena quindi si troverebbe un caso in pratica, in cui si potesse fare uso della eccezione.

3.° Che l' imprenditore, che poi conchiude il contratto, sarebbe responsabile di ciò che i suoi concorrenti hanno fatto

---

(1) *Röm. Gesch.*, 1⁴, 848; 1⁵, 862.

(2) Si avverta di passaggio alla probabilità che all' appalto della vendemmia precedesse un concorso. Si pensi, infatti, agli appalti di Stato, che pur formano il prototipo della *locatio operis* del diritto privato. Ed anzi non potrebbe la voce '*socius*' nei nostri formularii spiegarsi con l' uso di tal voce nei concorsi ai pubblici appalti? Cfr. Livio, 43, 16: " Ne quis eorum, qui Q. Fulvio A. Postumio censoribus publica vectigalia aut ultro tributa conduxissent, ad hastam suam accederet, *sociusve aut adfinis eius conductionis esset* ". Cfr. Polyb. 6, 17. 4: Οἱ μὲν γὰρ ἀγοράζουσι παρὰ τῶν τιμητῶν αὐτοὶ τὰς ἐκδόσεις, οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις.

(3) Loc. cit., p. 432.

prima della conclusione di esso o tutt' al più di ciò ch' egli ha fatto prima, affinchè si ritirassero. A ciò poi non si potrebbero riferire le parole di Catone.

Il Pernice trova queste osservazioni bekkeriane « nicht ungerechtfertigt ». A me non paiono fortissime. Rispetto al primo appunto, mi basti ricordare quello che sullo stato in genere, in cui sono giunti a noi questi schemi ed anzi l' intero libro catoniano, ha detto benissimo il Bekker stesso in quel suo notevole saggio.

In quanto al terzo, nulla io credo si troverà di strano in simile convenzione stipulata fra le parti, la quale provvedeva, meglio che per allora si potesse, alla condizione del proprietario ingannato. Maggiore difficoltà reca la seconda osservazione. E, per vero, se il concorrente ritirandosi ha detto di lasciare un suo socio e l' ha presentato, il suo ritiro non poteva produrre l' incarimento della *merces*, e non si vede quindi come potesse venire il caso della eccezione « extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit ». Ma tali parole indicano a mio avviso che nel caso della proclamazione del rapporto di società, che fa, ritirandosi, il concorrente, non esiste il sospetto che questo ritiro sia stato doloso e però il *socius*, che si trovi in tale condizione, rimane esente dall' obbligo di giurare. Tale sospetto invece si ritiene, in caso diverso, giustificato, e però può il proprietario o chi per lui esigere il giuramento: « si quis *adversus ea fecerit.... iurent omnes socii* » (1); « adversus ea », cioè ritirandosi dal concorso senza nominare *in praesentiarum* uno o più soci tra i concorrenti. Tale interpretazione non riferisce punto il *socius* al lavorante chiamato dal *redemptor*, e toglie così anche questa base all' ipotesi del Lastig. E si raccomanda anche per gli altri riflessi. Se qui *socius* si dovesse riferire agli *homines (factores, leguli)* raccolti dal *redemptor*, bisognerebbe dare a tale parola la stessa in-

(1) Intendo quelli che in seguito al ritiro di un concorrente avevano vinto il concorso e assunto l' appalto. Tale società poteva stringersi o prima del concorso, come nel caso cui accenna il nostro testo, o dopo di esso: in tal caso naturalmente i nuovi soci assunti dall' imprenditore dovevano essere persone grate al proprietario o a chi per lui: " socium ne quis habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos „ c. 145, 8, che però non si rapporta all' *olea legenda*, ma bensì all' *olea faciunda*.

terpretazione nel c. 145, 8: « socium ne quis habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos »: una tale proposizione non potrebbe interpretarsi così dopo la clausola arrecata ibid. 145, 3: « homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut qui eam oleam emerit ». Ora — mi pare — *homines* dovrebbe riferirsi a persone diverse dal *socius*; cfr. pure la differenza dei verbi « *habeto* » e « *dato* » (1).

Il Bekker ha tentato (2) una interpretazione di quel difficile passo. I lavoranti assunti dal *redemptor* (3) non devono abbandonare il lavoro per andare a chi meglio li paghi (o forse anche « perchè il loro ritirarsi, rendendo necessaria la chiamata di altri, non faccia più costoso il raccolto »). Essi hanno tale diritto solo nel caso che fossero stati assunti per il momento *(in praesentiarum)* senz' obbligo di rimanere fino a lavoro compiuto. Se alcuno se ne partisse, potevasi richiedere un giuramento dagli altri, sia promissorio (cioè di restare fino a cose ultimate), sia assertorio. In quest' ultimo caso ciascuno avrebbe dovuto giurare « nicht fortgewesen zu sein ». Chi non poteva prestare tal giuramento non aveva diritto a mercede alcuna.

Tale spiegazione si raccomanda assai poco. Già il modo con cui rende la frase « extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit » non è il più verosimile. Si aggiunga che il danno che può arrecare un lavorante con l'abbandono intempestivo del lavoro concerne esclusivamente il *redemptor*. Egli,

---

(1) Non so come il Pernice trovi che anche qui l' interpretazione di *socius* data dal Lastig e dai più, dia ottimo senso: cfr. *Ztschr.* cit., 3, p. 50 n. 1.

(2) La traduzione francese che si trova nell' edizione Didot, p. 40, non avrà certo la pretesa d' aver capito il testo. Riferirla e dimostrarla impossibile è tutt' uno: " Il ne faut pas permettre qu'un ouvrier employé à la récolte ou au pressurage [?] des olives soit payé plus cher que de coutume [?!], à moins que l'entrepreneur n'affirme qu'il se l'est associé pour ce moment [?!!]. Si cela a lieu, le maître ou son préposé peut exiger le serment de tous les associés; s'ils réfusent de jurer, personne ne doit payer le travail qu'exigent la récolte et la manipulation [?!!] des olives ".

(3) Dice il Bekker che del resto, anche dando tal senso alla voce '*socii*', non si viene ad ammettere un vero contratto di società. Questo è vero: cfr. anche il Pernice, l. c., p. 51. L'esempio però dei *socii navales* non mi pare bene scelto. Io ritengo che il nome di *socii* venisse a costoro dal fatto di essere quasi tutti reclutati fra gli alleati (v. il Rein in Pauly, *Encycl.*, VI, 1, 1238).

come appare da questi formularii medesimi, è tenuto a procurarsi il numero di ‘ homines ’ convenuto nell’appalto, ed egli risponde in faccia al *dominus* o a chi per lui della mancanza. Il proprietario ha fissato una data somma di denaro relativa alla quantità del raccolto: costi al *redemptor* più o meno l’impresa, che cosa ci ha a vedere il *dominus*? E i formularii catoniani non concernono che questi e l’interesse suo: tali clausole spettanti al rapporto fra imprenditore e lavoranti sarebbero qui fuor di luogo. Ora sarebbe esclusivamente il *manceps* interessato a ricevere il giuramento: il ‘*debebitur*’ della formula non si può riferire che al *dominus*; e come dovrebbe il *dominus* al *legulus* o al *factor*, che, come s’è visto e tornato a vedere, non ha contrattato con lui? A quest’ultima difficoltà, che non è però la più grave, ha posto mente anche il Bekker; ma non riuscì al romanista valoroso di superarla. Insiste cioè sulla poca esattezza giuridica del linguaggio usato in questa opera da Catone, il quale giunge al punto di chiamare ‘ uxor ’ la compagna d’uno schiavo [c. 143, 1, cfr. Columella 12, 1]. Ma c’è rapporto fra l’uso di un vocabolo in senso più volgare che giuridico e l’affermazione di cosa punto vera, come quella che il *dominus* deva laddove deve il *redemptor* e tale affermazione — notisi pur questo — nella *lex* d’un contratto?

Se noi esaminiamo tutte le clausole analoghe dei formularii catoniani, ci convinceremo facilmente che il *non* o *neque debebitur* si riferisce sempre ai rapporti immediati fra il *dominus* ed il *redemptor* o i *socii redemptores*. Ecco gli esempi del c. 144:

> « Oleam cogito recte omnem arbitratu domini aut quem custodem fecerit aut cui olea venierit. oleam ne stringito neve verberato (1) iniussu domini aut custodis. si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur ».

S’intende al *redemptor*: si deduce, cioè, dalla somma fissata a seconda della quantità della raccolta quanto corrisponde al raccolto fatto da quegli *olivantes* che hanno trascu-

(1) Cfr. Plin., *H. N.* 15, 3, 5 ‘quippe olivantibus lex antiquissima fuit: oleam ne stringito neve verberato’. Al qual passo v. la nota di Desfontaines nell’edizione parigina di Plinio del 1829: 5, 378. Cfr. 17, 29, 1 e Desfontaines, ib. 6, 75 sg.

rati i riguardi dovuti agli alberi nei giorni, in cui furon colti '*verberantes*' o '*stringentes*' (1).

« Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manlii. qui eorum non ita iuraverint, quod is legerit omne, *pro eo argentum nemo dabit neque debebitur* (cioè al *manceps* ancora) .... legulos quot opus erunt praebeto et strictores (il *manceps*). si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit (2), deducetur: *tanto minus debebitur* (al *manceps* naturalmente) » (3).

Riguardo alla prima parte del passo ora riferito, cfr. il parallelo nel c. 145, ove si parla invece *de olea faciunda:*

« Factores qui oleum fecerint omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem esse de fundo L. Manlii neque alium quemquam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, *omne deducetur neque debebitur* ».

Ora 'dedurre tutta la *pars* di un *factor*' non ha senso, fuorchè riferendolo al pagamento da farsi al *manceps.* Se adunque il '*nemo dabit neque debebitur*' non può riferirsi che al *dominus,* la frase '*ei qui non ita iuraverit*' non può riferirsi che all' imprenditore od a chi è con lui nell' impresa associato, non ai *leguli* o *factores*: e mentre sta bene l' interpretazione mommseniana, urta contro tale scoglio quella del Bekker. Nè vi sfugge la recente del Pernice (4):

« Nessun lavorante deve andarsene altrove ove si possa guadagnare di più (forse: 'per far incarire la *merces* del raccolto'), tranne che ponga subito un sostituto (cioè un altro lavorante): ove alcuno se ne vada, gli altri su domanda del

---

(1) Male quindi la già notata versione francese: 'son travail ne sera payé *ni à lui, ni à l' entrepreneur de la cueillette'*. Ove stanno nel testo le parole sottolineate? Certo che, se si fosse trattato della parte dovuta al *legulus,* il testo avrebbe aggiunto *ei*: non dà invece il dativo rispondente a *solvet* e *debebitur* (cioè *mancipi*) perchè già si sottintende. Il capitolo è sul modo di '*locare*' *oleam legendam* e i rapporti son quindi fra locatore e conduttore.

(2) Intendo 'in proporzione'.

(3) Taccio altre frasi parallele, che è inutile riferire.

(4) *Ztschr.* cit., p. 50 n. 1.

dominus o del *custos* dovranno giurare (di non andarsene): chi non giura, non riceve pagamento (cioè è licenziato) ».

A tale interpretazione ostano in gran parte le difficoltà già mosse alla bekkeriana. Non si vede come ci debba entrare il *dominus* in cose che riguardano il solo interesse del *redemptor* (1). Ed è poi strano che si aspetti di esigere il giuramento promissorio, quando uno dei lavoranti se ne sia andato. Non sarebbe migliore cautela esigerlo addirittura prima che s' incomincino i lavori? E poi si vegga se sia verosimile un giuramento promissorio qui, mentre nelle clausole analoghe si parla evidentemente di giuramento assertorio: ragione pur questa che suffraga l' interpretazione felice del Mommsen (2). E allora nè siamo costretti col Lastig a credere di avere avanti una vera società di lavoro, nè col Bekker o col Pernice a riputare che qui *socius* sia detto in senso non proprio, benchè non inaudito.

Quale dunque sarà stato il rapporto fra gli ' homines ' ed il ' manceps ' ? (3). Non è facile il dirlo in tanta scarsezza di documenti: forse nemmeno le parti stesse avevano chiara coscienza della natura del loro rapporto (4). Inclino tuttavia a

---

(1) L' ipotesi che il ritiro del lavorante potesse fare incarire la *merces* della raccolta va addirittura esclusa. Poichè tale ritiro, secondo le interpretazioni che stiamo esaminando, dovrebbe avvenire quando il contratto fra dominus e manceps è già conchiuso ed è già fissata la *merces* in proporzione della quantità del raccolto e del numero degli operai. Se poi la mano d' opera incarisce inopinatamente, il danno non riguarda che l' imprenditore.

(2) Anche il Bekker ha in linea subordinata, come s' è visto, cercato di spiegare come assertorio questo giuramento. Ma niuno dirà che sia stato in questo suo tentativo fortunato.

(3) Per i rapporti fra padrone e imprenditore cfr. il Lastig, p. 410 n. 1, su quanto avea luogo fra i Tisbei e quel Gneo di Pandosia di cui si discorre nel *S. C. de Thisbaeis*, II, 10. Ma vedi le buone osservazioni del Pernice, l. c., p. 52. Del resto, la migliore interpretazione di questo oscuro passo mi par quella di G. Schmidt nella *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A, 2, 132, che riproduce migliorata quella già data dal Mommsen, *Ephemeris epigraphica*, 1, 297 sg.

(4) Già fu osservato come anticamente non fossero frequenti le liti e si solessero comporre in via pacifica le eventuali divergenze: cfr. Ubbelohde, loc. cit., p. 42; Bekker, *Zweckvermögen* nella *Ztschr. f. d. ges. HR.*, 4, 504-5. Il bisogno di determinare nettamente la natura dei rapporti giuridici è in tal caso assai minore e lo vediamo tuttora nelle nostre campagne, dove pur esistono istituti e rapporti, che mal si saprebbero definire.

credere che si trattasse di una locazione di opere. E mi conferma in tale opinione il passo seguente:

« legulos quot opus erunt praebeto et strictores. si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur ».

Se l' imprenditore non raccoglie un numero sufficiente di operai, detrarrà dalla *merces* a lui dovuta 'quanti conductum erit aut locatum erit'. Io traduco così: « quel tanto che in proporzione ad ogni uomo fu stabilito nel contratto di conduzione di opera (da parte del *redemptor*) o quel tanto, per cui ciascun uomo ha locato al *redemptor* le sue opere » [1] e questo in relazione al numero degli uomini mancanti. Ordinariamente infatti, come appare da queste stesse leggi catoniane, il numero degli operai era fissato nel contratto col quale il proprietario locava il raccolto; in tal caso sarà stato facile stabilire la proporzione pei singoli operai: se il numero non fosse stato fissato, si badava alla '*pars*', per cui ogni singolo operaio aveva locato le proprie opere e si faceva il computo degli operai mancanti a compiere il numero, che sarebbe stato necessario. Se tale interpretazione può stare (e certo starebbe bene il contrapposto del *manceps*, *qui opus conducit*, e dell' operaio, *qui operas locat*), appare chiaro che il rapporto intercedente fra imprenditore e operaio, ben lungi dall' essere *societas*, era una *locatio conductio operarum*.

---

(1) Il calcolo era qui facilissimo, poichè l' operaio aveva in compenso una *pars* della mercede totale. Il ragionamento del LASTIG, p. 409, non mi è chiaro: " Die iuristische Form für diesen Vorgang kann und wird auf höherer Culturstufe sogar regelmässig die locatio conductio operarum oder Dienstmiethe sein. Dagegen liegt so lange oder konkreten Falls wenn dem B. für seine Dienste statt eines festen Aequivalentes in Geld ein Antheil an dem, durch Mithilfe seiner Arbeit erzielten Gesellschaftsgewinn eingeräumt wird, keine locatio conductio operarum oder Dienstmiethe, sondern eine societas, eine Gesellschaft, und zwar eine einseitige Arbeitsgesellschaft vor ". Qui il LASTIG parla già di *Gesellschaftgewinn* prima di avere chiarito la natura del rapporto; del resto che differenza vi ha tra l' un caso e l' altro? Purchè la mercede del lavoro sia obbiettivamente certa, che cosa importa che sia *a priori* determinata in una cifra o che invece si faccia dipendere da quello che — in proporzione della quantità del raccolto — percepirà il *redemptor*? Non sta benissimo una *locatio conductio operarum* anche così?

Alle *leges catonianae* avvicina il Lastig la costituzione di Alessandro del 222 p. Ch. contenuta in C. 2, 3, 9 (8):

« Si pascenda pecora partiaria (id est ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur ».

Qui pure si avrebbe una società unilaterale di lavoro: il *pastor*, a cui è promessa come mercede una certa quota dei parti futuri del gregge, è assunto come socio dal proprietario di questo. Quanto sia diversa tale fattispecie da quella, a cui si riferiscono i formularii catoniani, appare a chiunque: il *manceps* [1] non dà una propria cosa, perchè se ne ottenga un dato effetto; ma distribuisce ai lavoranti la parte convenuta della *merces locationis*. Non c'è nulla d'impossibile nella costituzione, di tale società, qeale vorrebbe vedere il Lastig accennata nella costituzione citata; ma nè le parole di questa v'alludono, nè la sostanza l'esige: giacchè la posizione reciproca delle parti non è di uguaglianza, ma di subordinazione: talchè ivi pure si tratta di una locazione-conduzione di opere. Del resto, non è possibile staccare questa '*susceptio pecorum partiariorum*' dalla *colonia partiaria*, che formerebbe per il Lastig il tipo precisamente inverso della società di capitale. Tale è pur l'avviso dei bizantini, che pur inclinano a vedere in questo caso un contratto di società. Traduco, come meglio mi vien fatto, il passo di Taleleo [2].

« L'azione che ha luogo fra quelli, che così hanno pattuito, se avevano l'animo di iniziare una società, sarà quella *pro socio*, come avrai appreso nel titolo *pro socio* dei Digesti intorno al caso medesimo [3]. Se non v'era in loro tale intenzione, si intenterà l'*actio praescriptis verbis*, siccome in seguito a convenzione generica. Ma benchè non si faccia nel testo menzione di società, è il primo caso quello, a cui la costituzione si riferisce, dicendo esservi l'obbligo di eseguire le cose pattuite.

---

(1) PERNICE, l. c., p. 53.

(2) sch. τὸ κατὰ πόδας: Bas. HEIMB., I, 648.

(3) Si allude a D. 17, 2, 52, 3. Nel capoverso dello scolio che ora si legge nei Basilici, l. c., e che contiene evidentemente un'aggiunta posteriore, invece di κεφ. νγ' va letto ν'. Il resto corre benissimo.

A imitazione di questo caso se taluno dà a coltivare la propria terra, promettendo di dividerne col colono i frutti, possiamo dire che fra essi si contragga una società ».

Qui vediamo Taleleo come il Lastig inclinare ad ammettere che la *colonia partiaria* (1) possa costituire società. Ma ciò non risponde al concetto romano: nel semplice lavoratore di un fondo non s'è mai — che noi possiamo arguire — considerato uno, che stesse in pari condizione col proprietario di esso, ma s'è sempre visto una persona subordinata, e mancava quindi quell' *animus*, senza cui non si può discorrere di *fraternitas* e di società. Meno difficilmente poteva avvenire questo nel caso dei *pecora partiaria*. Chi *suscipiebat pecora pascenda* sarà stato spesso proprietario di pecore sue proprie; e allora, più che un rapporto di subordinazione, si concepisce quello di uguaglianza e di società (fr. 52, 3 cit.). Il D. 19, 2, 25, 6 non prova certo che la colonia parziaria si considerasse come società: prova anzi il contrario, poichè il giureconsulto ivi fa un paragone tra gli effetti della colonia e quelli della società *(quasi societatis iure)*; e il paragone presuppone che si tratti di enti fra loro distinti. Tuttavia la confusione è antica: il Pernice (2) cita la Glossa, ma si potrebbero — come si vide — citare i greci ed anzi i beritesi, la cui tradizione è da Taleleo specialmente raccolta.

Il Pernice aveva piuttosto nel *Labeo* (3) indicata una terza radice della *societas* in Roma, cioè la *politio*; nè di ciò si avvide il Lastig (4). Il *politor* è persona di speciale attitudine

(1) Quanto a torto poi voglia il L. nella *susceptio p. p.* trovare una *società di lavoro*, nella *colonia partiaria* una *società di capitale* (quasi che nel primo caso sia il capitalista che vuole *associarsi* un lavoratore per un proprio fine, nel secondo il lavoratore che va in cerca del socio capitalista), non è chi non vegga. Del resto, già bene avvertiva il PERNICE che nella *Ep.* 9, 37, 3 di Plinio, citata dal L. (p. 417; cfr. P. p. 53) insieme al riferito D. 17, 2, 25, 6, appare chiaro che ivi è il capitalista, che prende l'iniziativa e va in cerca del mezzadro. Aumentati fuor di modo i debiti dei fittabili, posti anzi costoro nell'impossibilitá di pagare, Plinio si vede costretto a rinnovare il sistema di locazione: *medendi una ratio: si non nummo, sed partibus locem* etc.

(2) *Ztschr.* cit., p. 57 n. 4.

(3) 2, 282 n. 3: v. però le incertezze a p. 299 n. I confronti ivi fatti con il *S. C. de Thisbaeis* non si possono oggi accettare.

(4) *Ztschr. f. d. g. HR.*, 24, 409.

e competenza per un' acconcia e raffinata preparazione di un terreno [1]: in questa sua qualità non è in rapporto di subordinazione verso il proprietario del fondo, ma piuttosto gli sta a pari, sicchè il contratto che si stringe fra loro, in cui uno conferisce il capitale, l' altro il lavoro e si dividono poi i frutti secondo le quote prestabilite [2], si configura come contratto di società [3]. Ma è — come appare dal modo, con cui abbiamo rappresentato le cose — non una ' società unilaterale di capitale ', ma sì una ' società bilaterale ' (l' unica, insomma, che il diritto romano riconosca): e presto infatti dovette venire assorbita nella società ordinaria. E se non possiamo ritenere che sia mera specie di questa e che abbia avuto l' origine stessa, gli è perchè qui troviamo già fino da un tempo notevolmente antico riconosciuta quella parificazione del capitale e del lavoro, che per la società ordinaria non troviamo proclamata che tardi, dopo un lento cammino. Nè parrebbe che nel diritto classico la *politio* abbia conservato delle particolarità: quanto dicesi nel fr. 52, 2 riferisce pure il Lastig [4] ad una *singularis opinio* di Celso, che avrebbe dichiarato in questo caso responsabite il socio anche della colpa lieve senza il beneficio (qualora fosse stato negli affari suoi meno curante) di liberarsi usando la stessa diligenza « *quam suis* » nelle cose sociali. È certo che da questo difficilissimo e vessatissimo passo [5] poco si può ricavare. A me pare tuttavia che il senso sia questo. Il socio è tenuto solo per dolo o anche per colpa [6]? Celso è ancora in dubbio. Non ha però difficoltà ad ammettere la seconda alternativa in quei casi in cui uno dei soci conferisce la cosa e se ne riserba il dominio esclusivo e l' altro, che non conferisce che il lavoro, reca danno con la sua negligenza: probabilmente per la grande analogia che questo contratto presenta con la locazione-conduzione. E ritiene probabile che si

---

(1) Fest., p. 234; Varr., *r. r.*, 3, 2, 5 etc.

(2) Cato, *r. r.*, c. 136.

(3) Celso, D. 17, 2, 52, 2.

(4) l. c., p. 413.

(5) SCHULTING e SMALLENBURG ad h. l., 3, 380 sgg.: GLÜCK, *Ausf. Erl.*, 15, 396 sg.; PERNICE, *Labeo*, 2, 298 sg.; *Parerga* cit., p. 61 sg.

(6) Sulla tarda origine della così detta *culpa in concreto* v. ancora il *Labeo*, 2, 360-373.

debba ugualmente decidere nel caso che sorga in forza della società un condominio: ‘ quodsi rei communi socius nocuit, *magis admittit culpam quoque venire* ’. La interpretazione del Lastig non regge, come (e non era pur d’ uopo) ha mostrato il Pernice [1]. Questa che io presento mi pare naturale e semplice. Ho girato attorno al terribile « pretium enim operae artis[ve] est velamentum » e non credo opportuno affrontare un testo certamente e irrimediabilmente corrotto: il senso più probabile è ancor quello che la partecipazione al profitto concessa al socio lavoratore risponde alla mercede che nella conduzione di opera, o locazione di opere, il conduttore e rispettivamente il locatore riceve.

Riassumendo: le forme indicate dal Lastig come ‘ società unilaterali di lavoro ’ (e che sarebbero per lui le più antiche) non sono che forme di locazione-conduzione di opere o di opera: la *susceptio pecorum partiariorum* è in taluni casi vera società bilaterale, non conosciuta che tardi. Rimane la *politio*, appena toccata dal Lastig, che certo è antica, ma di cui, a ben vedere, non si può negare la bilateralità: comune è lo scopo e pari la reciproca posizione dei soci. Ebbe origine propria e indipendente, come dimostra la parificazione, che in essa ci si presenta fin da tempi relativamente remoti, di lavoro e capitale. Nè si può tardare a riconoscere come e perchè sorgesse. Il *politor* non si può trattare come persona subordinata, come si tratterebbe un colono od un operaio comune: è uomo di speciale scienza e abilità e che sta a pari del *dominus*. Questi conferisce il fondo, quello il suo lavoro e le sue cognizioni tecniche.

[1] *Ztschr.* cit., p. 61 sg.

Sull' origine del contratto di vendita in Roma (*).

Che il contratto di compravendita non sia stato sempre riconosciuto dal diritto in Roma, è oggidì opinione di gran lunga prevalente. Esso intanto presuppone nota e comune la moneta; giacchè non uno scambio qualsiasi, ma uno scambio di merce col misuratore del valore di essa ne costituisce l'essenza. L' antica mancipazione è sicuramente compravendita effettiva, alienazione di merce contro il suo prezzo; ma essa non ci dà ancora il contratto obbligatorio. Questo non poteva introdursi che dopo che l' uso della moneta fosse divenuto generale. Nell' antica *mancipatio* il metallo *(aes rude)* diventa denaro mercè la solenne pesata. La vera moneta invece comincia a sorgere con l'*aes signatum*, che ci dà la forma pubblica impressa. Un riconoscimento giuridico del contratto non mi par facilmente supponibile prima del 486 di Roma, anno in cui s' introdusse la moneta di argento e si garantì pubblicamente il peso e il valore di quella di rame: solo allora il denaro appare divenuto di uso generale e larghissimo e solo allora dovettero le condizioni sociali premere sul diritto (1). So benissimo che tali proposizioni non incontreranno l'adesione di coloro (e sono i più), i quali stimano che in origine non si distinguesse la compravendita dalla permuta. Nel qual caso, essendosi certamente la permuta in ogni tempo praticata, non

(*) [In *Memorie della R. Accad. di Scienze, Lettere ed Arti di Modena*, ser. II, vol. IX, 1893, pp. 179-214].

(1) Vedi ora sulla storia della moneta romana le buone avvertenze del Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 367 sg.

si potrebbe desumere verun criterio cronologico dalla natura di una delle prestazioni. Tuttavia questa dottrina, che insegna essersi la compravendita sviluppata da un negozio più lato e complesso, comprendente anche la permuta, non mi sembra sostenibile. Essa trovasi accolta da scrittori insigni (1); oggi però non mancano potenti contradittori (2). Intanto, una simile evoluzione storica del contratto contrasterebbe con tutti i fatti e i procedimenti meglio accertati nella storia del diritto romano, dove sempre troviamo affermarsi in principio il particolare, la specie, e quindi assorgersi man mano al tipo più complesso e generale. Un esempio vicino di tipo generale affermato e riconosciuto, donde poi si distinguano, si evolvano e finalmente assumano autonoma perfezione tipi particolari, mi è affatto ignoto. E non è questo un principio arbitrario, ma il risultato di una larga serie di induzioni concordanti, sicchè ben può addursi come una caratteristica della formazione storica degli istituti romani.

Naturalmente sono dispostissimo ad ammettere eccezioni a questa regola, dove si dimostrino fatti contrari per qualche singolo caso; ma tale dimostrazione finora non è stata fornita neppure per quello, di cui ora ci occupiamo e che pur suolsi considerare come indubitato. Invero non so quale argomento possa ricavarsi dal notissimo testo di Paolo (D. 18, 1, 1 pr.): « *origo emendi vendendique a permutationibus coepit* ». Poichè Paolo fa un' osservazione d' indole economica, non giuridica, e in questo senso dice cosa assai vera, come quando i giuristi trovano l' origine del dominio nella *naturalis possessio.* Paolo non insegna che in origine vi fosse un istituto complesso (la permuta in senso lato), donde si sarebbe evoluta e sempre meglio specificata la vendita. Egli dice che la funzione economica, cui servono la permuta e la vendita,

---

(1) Citerò solo UBBELOHDE, *Zur Gesch. d. ben. Realcontr.*, p. 50; PERNICE, *Labeo*, I, 465; VOIGT, *Ius naturale*, vol. IV, p. 100, e *Römische Rechtsg.*, I, pp. 630-643; DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, p. 132 n. 3.

(2) Specialmente il BECHMANN, *Kauf*, I, p. 5 sg. Implicitamente anche il MOMMSEN, *Zeitschrift der Sav.-Stift*, R. A., vol. VI, p. 267. Si avverta con il primo che anche l' editto edilizio non fu esteso che dalla giurisprudenza imperiale alla permuta (D. 19, 4, 2); esso non si riferiva che alla compravendita.

era in origine adempiuta solo dalla prima: che la vendita si affermò solo dopo che « *electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationibus aequalitate quantitatis subveniret* », in modo cioè che tolte le difficoltà, che aveva la permuta, e reso sempre possibile l'acquisto mercè la moneta, venne tipicamente fissata una prestazione « *nec ultra merx utrumque* (come nella permuta), *sed alterum pretium vocatur* ». Contrarie affatto poi alla teoria dominante mi paiono le relazioni, che noi abbiamo della disputa fra i sabiniani e i proculiani. I sabiniani non sostenevano già che la compravendita dovesse ritenersi come una specie della permuta, concepita in senso lato; ma al contrario pretendevano che la *permutatio* fosse (almeno in qualche caso, come vedremo) una specie della *emptio venditio*: cfr. Gai. 3, 141:

unde illud est quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi: *eamque speciem emptionis venditionisque* vetustissimam esse etc.

E anche da Paolo, l. c., si rileva che i sabiniani volevano dimostrare che *emere* si potesse applicare alla permuta (citando all'uopo anche Omero); non che l'*emptio* fosse, della *permutatio* in senso lato, una specie.

Dunque i sabiniani miravano [1] ad estendere ad alcuni casi di permuta il trattamento della compravendita; e ciò in piena conformità con lo spirito della giurisprudenza romana, che mira ad allargare l'efficacia delle figure giuridiche esistenti piuttosto che dare impulso a figure nuove. È del resto credibile che, se il contratto di permuta fosse già stato (come ordinariamente si sostiene) riconosciuto pienamente ai tempi repubblicani come consensuale (perchè indistinto dall'*emptio venditio*), venisse poi sotto l'impero a perdere almeno in parte la sua giuridica efficacia e si riducesse a un συνάλλαγμα reale? V'ha fenomeno simile nella storia del diritto romano? Non tende, anzi, tutta la giurisprudenza imperiale a dare alla volontà e al consenso forza maggiore? Il Pernice ha col suo intuito sicuro visto l'impossibilità di un siffatto procedimento; egli però [2] spiega il preteso fenomeno mediante la sua teoria,

---

[1] Cfr. BECHMANN, l. c., p. 6.
[2] *Labeo*, I, p. 465 sg.

che ai primi tempi dell'impero, quando sorse la disputa fra le scuole, non fosse ben chiarita la natura consensuale della vendita: che anzi questa avesse ancora uno spiccato carattere reale. Ma che la *fase reale* attraversata dalla compravendita nel suo svolgimento non sia provata, diremo più avanti; qui affermiamo senz'altro che è impossibile l'ammettere che ai tempi di Sabino e Cassio si fosse ancora incerti sulla natura decisamente consensuale del contratto in parola. Del resto, io dubito che i sabiniani pensassero davvero ad estendere a ogni caso di permuta il trattamento della compravendita: dalla relazione di Gaio ciò non appare. Ivi si dice solo ch'essi sostenevano potere « *per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi* »: nei casi, cioè, in cui da qualche criterio potessero distinguersi le due prestazioni e l'una indicarsi come prezzo, l'altra come merce. Giacchè la necessaria distinzione delle due prestazioni non era sfuggita ai sabiniani, i quali non dicevano essere vana e ripudiabile la distinzione fra merce e prezzo, ma « *etiam in alia re posse consistere pretium* ». Ed è proprio un sabiniano (Giavoleno) colui, il quale meglio di qualsiasi altro fa spiccare la vera natura del denaro (D. 46, 1, 42) in contrapposto alla merce. Come cercassero distinguere, prova l'esempio che Celio Sabino opponeva ai proculiani, i quali invece ritenevano non esservi altro sicuro e atto criterio di distinzione che la difformità obbiettiva delle due prestazioni. Meno esatta, e forse qua e là alterata, è la relazione di Paolo.

Comunque si pensi circa questo punto, la disputa fra sabiniani e proculiani non può, a mio credere, disgiungersi dall'altra esistente fra le due scuole relativamente ai così detti contratti reali innominati [1]. Dove i proculiani ammettevano largo uso dell'*agere praescriptis verbis (ad exemplum aestimatoriae)*, i sabiniani si limitavano a concedere un'azione *in factum*. La precipua differenza fra le due azioni (che però non ho visto finora avvertita) consisteva certamente in questo che, mentre l'*intentio* dell'*actio civilis* si richiamava alla *bona fides* (arg. D. 19, 3, 1 pr.), l'*actio in factum* si presentava di stretto diritto.

---

[1] Che qui si trattasse di disputa fra le scuole, è messo bene in chiaro anche nella recentissima trattazione del Pernice, *Parerga* III, in *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., IX, p. 248 sgg.

E così non solo veniva negata l'efficacia giuridica al mero consenso nella permuta; ma questo negozio, nella coscienza di tutti così affine nella sua economica funzione alla vendita, non avrebbe potuto godere di una tutela informata alle esigenze della buona fede, ove l'unica azione esperibile avesse dovuto essere *in factum*. Durante la repubblica la permuta o non avrà goduto alcuna tutela giuridica (nè ciò è strano, trattandosi di contratto poco frequente, e ad ogni modo tale era la condizione di tutti i così detti contratti innominati) o tutt'al più sarà stata munita di un'*actio in factum* a favore della parte che già avesse eseguito la sua prestazione. Dopo che i proculiani favorirono gl'incrementi dell'*agere civiliter praescriptis verbis*, di cui certo la permuta godè fra i primi negozii i beneficii, il giudice era posto in grado di decidere *ex fide bona*, il che per l'*actio in factum* non era possibile; i sabiniani ebbero quindi una spinta a coinvolgere addirittura la permuta o almeno alcune categorie di essa nel trattamento della compravendita (1).

Nulla, dunque, prova che in un tempo qualsiasi della storia del diritto romano la compravendita fosse confusa con la permuta e vi rientrasse come specie nel genere; nulla, pertanto, prova che prima dell'introduzione della moneta potesse esservi un negozio munito di azione, da cui la vendita potesse quindi scaturire ed evolversi. Il concetto della compravendita è tipico. La natura e la funzione del denaro conferisce al negozio una oggettività, che lo distingue da ogni altro scambio (2). E noi troviamo che sempre siffatta natura del denaro si è imposta ai romani e fu nel loro diritto ben più che in ogni altro apprezzata. Il denaro è richiesto essenzialmente nei negozii fra lo Stato e i privati (3); solo per una somma certa di denaro è in origine concessa la *condictio*; in una somma certa di denaro dovevano in origine concretarsi il mutuo, la stipulazione, il legato di obbligazione. Il negozio, che si riferisce a prestazioni in denaro, è il primo a godere la tutela giuridica; e

---

(1) È certo la stessa ragione che spinse i sabiniani a valersi dell'*actio empti* o *venditi*, anche dopo risoluto il contratto; mentre i proculiani consigliavano l'*agere praescriptis verbis*.

(2) Cfr. BECHMANN, *Kauf*, I, p. 484.

(3) MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, p. 441 n. 1 e *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., VI, p. 267.

solo più tardi questa viene man mano estesa al caso, che la prestazione debba consistere in oggetti diversi. Ben quindi dobbiamo ritenere inverosimile che si avesse per la permuta e la vendita l'inverso procedimento storico.

Posto in chiaro, così, che la vendita ebbe origine autonoma e diretta, rimane tuttora ben lontano da ogni soddisfacente soluzione il problema circa l'epoca di tale originario riconoscimento; poichè anche la data del 486 si potrà tutt'al più assumere come il più remoto possibile termine; un sincronismo dei due fatti non è necessario e nemmeno probabile. L'opinione già prevalente, per cui tale riconoscimento risalirebbe il più addietro possibile nella storia di Roma (1), si va man mano abbandonando (2): nè, io stimo, a torto. Le ragioni, però, secondo le quali i nuovi scrittori ammettono che il riconoscimento dovette avverarsi in un'età abbastanza avanzata nello sviluppo giuridico di Roma, non sono sempre valide. Così dicasi dell'argomento dedotto dalla natura di *bona fides* inerente al giudizio di compravendita; poichè, come anche meglio vedremo, nulla dice che tale carattere dovesse aderire al giudizio fin dai primi tempi della sua introduzione (3). Invece più grave è il rilievo (4) che il riconoscimento di un negozio privo di forma contrasta con lo spirito del diritto antichissimo, e

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *System*, V, Beil. 14 e 17; *Oblig.*, 2, p. 229; RUDORFF, *Röm. Rechtsg.*, II, p. 167 n. 19; PADELLETTI, *Storia*, 2ª ed., XXII; KELLER, *Röm. Civilpr.*, § 17; KARLOWA, *Civilproc.*, p. 140 (§ 16).

(2) V. per es. VOIGT, *Ius naturale*, III, p. 265 sg. *et alibi; Röm. Rechtsg.*, I, § 56; BEKKER, *de emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur* (1853); *Aktionen*, I, p. 148 sg. e in altri lavori; JHERING, *Geist*, IV, p. 194 sg.; BECHMANN, *Kauf*, I, p. 13 sg.; PERNICE, *Labeo*, I, p. 441; GIRARD, nella *Nouvelle revue historique de droit*, 7, p. 538 *et alibi;* MOMMSEN, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., VI, p. 267; MUIRHEAD, *Storia del dir. rom.* (vers. Gaddi), p. 177 sg., 295 sg.; BURCKHARD, *Zur Gesch. der loc. cond.*, p. 5 sg.; CARLE, *Origini del dir. rom.*, § 379. E di nuovo il BEKKER, che ribadisce le sue idee nell'articolo *Die röm. Komiker* (*Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XIII, p. 58 sg.). In Italia v. pure il COGLIOLO nelle note al PADELLETTI, p. 264 sg., e nella *Storia del diritto privato romano*, II, 29, *et alibi*.

(3) WLASSAK, *Zur Gesch. der Neg. gestio*, p. 167 sg.; BEKKER, *Aktionen*, I, p. 162; BECHMANN, *Kauf*, I, p. 467 sg.; GIRARD, l. c., p. 538; BURCKHARD, op. cit., p. 13 sg., e l'apposita e notevole dissertazione del KRUEGER (Ugo) nella *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XI, p. 165 sgg.

(4) Cfr. per es. BURCKHARD, l. c., p. 3.

quello che l'analogia di altri contratti non formali; di cui meglio conosciamo la storia, induce appunto a pensare ad origini non troppo remote. Il mandato, per es., sembra fosse tuttora privo di azione ai tempi della legge Aquilia: circa il deposito e il comodato sappiamo che solo in tempi relativamente recenti furono muniti di una formola *in ius concepta*, il che mostra che niuna azione era per tali contratti esperibile al tempo delle *legis actiones*. Si domanda se, oltre siffatte considerazioni generali, siavi qualche dato più concreto e positivo, che confermi il risultato.

I moderni generalmente sostengono che al tempo delle XII tavole il contratto di compravendita non godesse tutela giuridica. Secondo le nostre fonti, l'*emptio* sarebbe stata più volte ricordata nelle 12 tavole. Il notissimo § 41 I. 2, 1 ricorda il principio che « *venditae res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit* » e aggiunge « *quod cavetur lege duodecim tabularum* ». Il passo non si può senz'altro mettere da parte col pretesto che è tolto da una fonte di età recente e però sospetta; già infatti si è visto che gli istituzionisti l'hanno tolto da antica e più sicura fonte, ed ora anzi possiamo indicare quest'ultima: le *res cottidianae* di Gaio (1). Rimane però non solo possibile, ma eziandio probabilissimo, che Gaio invocasse una disposizione, che nel diritto decemvirale si riferiva alla *mancipatio*, nel caso che o per accordo delle parti venisse in questa fatta la *solutio* solo *dicis gratia* o per altro motivo questa risultasse manchevole (2). Ad ogni modo nulla dalla disposizione accennata (di cui ignoriamo e la forma e la vera destinazione originaria) può dedursi rispetto alla tutela del contratto mediante azione.

Più importante è l'altra disposizione ricordataci da Gaio 4, 28: « *Lege autem introducta est pignoris capio, velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet* ».

---

(1) Bechmann, *Kauf.* I, p. 199 sg.; Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 141 sg.; Ferrini, *Fonti delle istituzioni* ad h. § [= *Scritti*, II, p. 359].

(2) Bechmann e Voigt, ll. cc.

Oggidì è quasi comune opinione [1] che questa legge dimostri essere stato al tempo delle XII tavole privo di azione il contratto di compravendita. Tutelare una sola ipotesi in vista di circostanze affatto particolari, meglio, in vista dello scopo del contratto medesimo, proverebbe che in circostanze ordinarie tale tutela non esisteva. Taluno potrebbe obbiettare col Keller [2], che qui si tratta di una speciale tutela concessa in vista di un eminente interesse religioso oltre quella ordinaria. Ma bene nota il Voigt [3] che, se tale fosse la natura della disposizione, essa non avrebbe contemplato solo l'*hostia* (e la *victima*) ma ogni altro oggetto di sacrifizio. La spiegazione più probabile parmi quella del dottissimo professore di Lipsia. Siccome l'animale non era sacrificabile, se un previo esame non ne avesse rilevati i necessarii requisiti secondo il *ius sacrum*, così si capisce come chi all'uopo comperava non facesse *mancipatio*, nè pagasse tosto il prezzo, in quanto che si considerava l'inettitudine della vittima come nn motivo di risoluzione del contratto. Appunto per facilitare tali negozii la legge avrebbe data azione per questo particolarissimo caso.

Notevole è pure D. 40, 7, 29, 1: « *quoniam lex XII tabularum emptionis verbo omnem alienationem comprehensa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret* ». Appare da questo passo sicuro che le XII tavole contemplavano l'ipotesi dell'*emptio* dello *statuliber*; ma da ciò nulla può dedursi per il nostro attuale proposito, poichè esse stabilivano solo che la speranza di libertà seguiva il servo pur nella mani del compratore e cioè di chi aveva avuto il servo per *mancipatio*. La giurisprudenza estese naturalmente la massima ad ogni altra ipotesi di valida alienazione e di valido acquisto, e questo è il senso chiarissimo delle parole citate [4]. Va respinta affatto l'interpretazione, per cui *emptio* avrebbe avuto nelle dodici tavole un significato latissimo, comprendente

---

(1) VOIGT, *XII Taf.*, I, p. 503 sg.; BURCKHARD, l. c., p. 14; MUIRHEAD, l. c., p. 177 sg.

(2) *Civilprozess*, n. 265.

(3) *Loc. cit.*, n. 9.

(4) BECHMANN, I, p. 23 sg.; FADDA, *Studi giuridici e storici per l' VIII centenario dell' Università di Bologna*, p. 204.

ogni alienazione (1). In tal caso veramente si avrebbe un argomento non debole per escludere ogni tutela giuridica del contratto secondo la legge, non essendo supponibile che un contratto riconosciuto dalla legge mancasse di una propria e tecnica appellazione. Ma siffatto significato non è provato dal testo riferito, che anzi non può intendersi in questo senso: non è provato da altri testi, mentre ovunque *emere* ed *emptio* ci appaiono usati tecnicamente per la compravendita. Se Festo ci insegna che *antiquitus* « *emere* » si poneva « *pro accipere* » (2), punto non ne deriva che siffatta primitiva accezione, suffragata dall' esame dei composti (che solo probabilmente la rivelò ai posteri), passasse anche nel linguaggio del diritto (3).

Durante il periodo delle *legis actiones* era possibile la tutela per azione dell' *emptio venditio*? La risposta negativa (4) si fonda precipuamente sull' incompatibilità di quella procedura con la natura di un giudizio *bonae fidei*; ma, come già si disse e meglio ancora vedremo, nulla ci obbliga a credere che tale natura fosse inerente al negozio fin dai primordi del suo riconoscimento. Pur troppo siamo privi di documenti per quasi tutto questo periodo. Per gli ultimi tempi di esso si sono cercate prove per le varie opinioni nelle commedie plautine, in cui vengono spesse volte ricordati o anche messi in scena contratti di compravendita. Il primo ad esaminare con cura a tale scopo i drammi di Plauto fu il Bekker con la nota dissertazione *De emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur* (1853), proseguendo poi i suoi studi fino al corrente anno e mantenendosi fermo, o quasi, nelle sue opinioni nonostante gli attacchi vivi e gagliardi di molti contradittori. Il Bekker (5) nega che ai tempi di Plauto vi fosse azione diretta scendente dal contratto di compravendita: solo chi aveva eseguito la sua prestazione poteva ripetere con una *condictio* quanto aveva dato nel caso che l' altra parte non adempisse all' obbligo suo. Le parti avrebbero potuto ricorrere (e sarebbero anche ordinariamente ricorse) al sistema di due corrispondenti stipulazioni,

(1) Per es. VOIGT, *Ius nat.*, IV, p. 101 sg.
(2) V. *redemptores*. Cfr. Paul. Diac., v. *abemito*.
(3) Cfr. già MOMMSEN, *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., VI, p. 265.
(4) Per es. VOIGT, *Röm. Rechtsg.*, I, §§ 56-57.
(5) Cfr. anche la *Kritische Zeitschrift* (di Heidelberg), I, p. 443 sg.

per munire reciprocamente di azione le due obbligazioni. È inutile citare qui i molti scrittori, che confutarono le idee del Bekker [1]. Noterò solo fra i più importanti lavori quelli del Demelius [2], del Bechmann [3], del Voigt [4], e recentemente del Costa [5]. Ma qui si affaccia tosto una questione pregiudiziale: quale autorità avrebbe poi un testo plautino, donde si possa dedurre che nella mente del poeta il compratore o il venditore abbiano pel conseguimento della loro pretesa un'azione in giudizio? La questione si comprende nell' altra più generale circa l' attendibilità che possono avere le commedie di Plauto come fonti per la storia del diritto romano. Conosco le dotte e acute osservazioni del nostro Costa [6] (il cui libro mantiene del resto tutto il suo valore, comunque si pensi in proposito); conosco le avvertenze pur recentissime del Voigt [7] e le belle riflessioni del Bekker [8]; ma non so tacere che le obbiezioni del Bechmann [9], del Burckhard [10], del Dareste [11] (le quali ultime sono sfuggite al Bekker) mi sembrano assai gravi. Che un comico come Plauto, così fedele dipintore della vita, debba aver preso molto dagli esempi che lo circondavano e non solo avere attinto dai suoi modelli greci, non si può facilmente negare. Che forse l' interesse specialissimo che il popolo romano aveva pei negozii e le controversie forensi abbia imposto una certa cautela nel rappresentare istituti e riferirsi a norme affatto straniere alla vita romana, verrà pure concesso. Ma si osservi: *a)* la vita stessa, reale, che la commedia riproduce, non si regge punto a misura di diritto; predominano anzi ben altre forze, altri motivi, altri sentimenti! Quante volte non si rinunzia a esperire una pretesa sia perchè si vede l' inutilità dell' espe-

---

(1) Vedi l'elenco diligente nel Costa, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*. p. 364 sg.

(2) *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*. II, p. 178 sg.

(3) *Kauf*, I, p. 511 sg.

(4) *Ius naturale*. III, p. 413 sg.; IV, p. 529 sg.

(5) Op. cit., § 79.

(6) Op. cit., pp. 19-33.

(7) *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 7 sg.

(8) *Ztschr. Sav.-St.*, XIII, p. 100 sgg.

(9) *Kauf*, I, § 66.

(10) Op. cit., p. 6 sg.

(11) *Journal des savants*, 1892, spec. p. 146 sg.

rimento, sia perchè spaventa il cumulo delle noie, delle molestie che suole arrecare un processo e la sua pubblicità! *b)* la commedia plautina suol pescare negl' infimi e più ributtanti strati sociali, dove si disprezza la parola data, il giuramento etc., e dove la parte lesa non può richiamarsene avanti ai tribunali perchè ne andrebbe del suo onore (si pensi a tutti i contratti lenonii) o anche verrebbe respinta per l' immoralità intrinseca del negozio. Si vede da queste due osservazioni come sia arduo l'argomentare dal fatto che le parti, nonostante la lesione dei patti, si astengono dalle vie giudiziali, che queste fossero per quei patti stessi, astrattamente considerati, precluse. Viceversa: *c)* il fatto che la commedia sembra presupporre la azionabilità del contratto, non prova ancora che esso fosse come tale munito senz' altro di azione. Le parti possono avere stipulato, possono avere fatto i *nomina* nei rispettivi registri etc.; e tutto questo naturalmente non si dice, poichè allo scopo del poeta nulla importa. Egli vuol divertire, non insegnare il diritto: considera i negozii secondo il loro scopo pratico e la loro funzione economica e sottintende quanto le parti devon fare per assicurarsi la tutela giuridica; *d)* nulla ci costringe a credere, che gli accenni a contratti, azioni etc. si riferiscano al diritto romano, anzichè al greco o al siculo (in conformità al modello originale). Nè si dica che il popolo spettatore sarebbe stato urtato dal sentir cose impossibili secondo il diritto nazionale. Prima di tutto, le conoscenze giuridiche degli spettatori romani non vanno esagerate. Pure ammesso che in genere le nozioni giuridiche fossero in Roma più diffuse, non devesi pensare che tutti fossero giuristi. Si apra il *de oratore* di Cicerone e si vedrà, come non pur fra il popolo, ma fra le stesse persone più istruite e appartenenti alla migliore società, l' ignoranza in materia di diritto fosse al tempo suo, ed anche in tempi a lui anteriori, grandissima. Inoltre gli spettatori avrebbero avuto tutto il torto di stupirsi. La scena delle commedie plautine non è mai in Roma, ma nel luogo dove la poneva il modello ellenico seguito dal poeta: Atene, Tebe, Epidauro, Efeso, Calidone. Era quindi naturale che ivi non vigesse il diritto romano: gli spettatori avrebbero avuto piuttosto ragione di stupirsi vedendo dei peregrini addivenire alla *mancipatio* o alla *sponsio*, anzichè vedendo concessa azione per un contratto, che in Roma ne fosse stato privo. Qualche volta il

poeta avverte gli spettatori di non maravigliarsi; quando cioè si tratta di cose, che in Roma da tutti si sapevano giuridicamente impossibili, come il matrimonio dei servi [1]. Ma se altrove tali avvertimenti non troviamo, non vuol dire che si esponga puro diritto romano; il poeta o non conosce la divergenza, o spera che gli spettatori non l'avvertano o che questi attribuiscano senz'altro al diritto del luogo dell'azione quel principio che in Roma non è ammesso, o infine sottintende che le parti si valgano di altri opportuni amminnicoli giuridici ammessi anche in Roma per raggiungere lo scopo stesso. Precisamente in materia di compravendita troviamo in Plauto così chiare vestigie di diritto ellenico, che il voler disputare sul vero significato di un emistichio per cavarne gravi conseguenze per la storia del diritto romano (per argomentare forse anche *a contrario* o *a silentio*) mi pare, sia detto con buona pace di tanti valentuomini, vanissima impresa. La faccenda della casa di Teuropide venduta (secondo la fallace relazione di Tranione) dal figlio di lui nella *Mostellaria* — faccenda che ha tanto interessato i romanisti [2] — è tutta un'impossibilità per diritto romano. Ivi si parla di porre i servi alla tortura per provare l'inesistenza del contratto (5, 1, 39-40): cosa bensì ammessa dal diritto attico, ma incompatibile col diritto romano. Giacchè nulla indica che ai tempi di Plauto si seguisse in proposito norma diversa che sotto l'impero. Il prezzo è stabilito in *talenti*, l'arra in *mine*. Il verso (5, 1, 44)

vel hominem iube aedes mancupio poscere

ha dato non poche difficoltà agli interpreti. Di solito *mancupio poscere* s'intende nel significato di *mancipare*; ma evidentemente ciò è inammissibile. L'Ussing sostituisce addirittura *mancipare* e vien seguito dal Costa [3]. E una casa in Atene (e quindi un fondo non italico: *res nec mancipi*) avrebbe potuto manciparsi? — Secondo il Dareste [4] qui *mancupium* starebbe per *proprietà*.

---

(1) *Casina*, prologo: vv. 6-7.

(2) Bekker, *De empt. vend.*, p. 15; Demelius, l. c., p. 207; Bechmann *Kauf*, I, p. 516 sg.; Costa, op. cit., p. 370.

(3) Op. cit., p. 345.

(4) *Journal* cit., p. 149 sg.

Il compratore secondo il diritto attico diventava proprietario in forza del semplice contratto e poteva rivendicare la cosa, qualora il venditore, negando il vincolo contrattuale, si affermasse tuttavia padrone di essa. La frase citata significherebbe: « o costringi l'uomo ad affermarsi padrone della casa », per intentargli quindi la *rei vindicatio*. Ma anche tale spiegazione mi sembra forzata e rispetto al senso e rispetto alle parole. Forse si vuol dire semplicemente: « citalo in giudizio e magari incalzalo con la rivendicazione ». Qui « *mancupio poscere* » starebbe bene, riferendosi ad un processo in cui ambo le parti dovevano affermare il dominio, comprovare la propria affermazione, riserbata la vittoria a chi nella prova riuscisse vincitore. E quando Teuropide, parlando del preteso venditore sleale, esclama (ib. v. 50)

> tanto apud iudicem hunc argenti condempnabo facilius,

già la frase *condempnare argenti* (ἀργυρίου καταδικάζειν) avrebbe dovuto indicare ben chiaro, che qui il poeta traduce dal greco. E infatti è ovvio per il diritto attico pensare alla δίκη βλάβης [1].

Nel *Curculio* la garanzia per l'evento dell'*adsertio in libertatem* della schiava comperata è regolata piuttosto secondo il diritto attico, che non secondo il romano (« *promittere* — *omne argentum reddere* »).

Nell'*Epidicus* sono notevolissimi questi versi, già rilevati dal Dareste [2] (3, 4, 61 e seg.):

> neque me quidem emere quisquam ulla pecunia
> potuit: *plus iam sum libera quinquennium.*

La frase in corsivo non ha senso per il diritto romano; ne ha molto per diritto attico, dove il quinquennio era appunto il termine ordinario della prescrizione.

Concludendo: il poeta che conserva i nomi greci delle persone e dei luoghi, delle monete e delle magistrature, deve pur credersi che conservi sostanzialmente il procedimento degli affari, come nei modelli ellenici era rappresentato. Sta bene che talora nel dialogo sostituisce espressioni tolte al linguaggio

---

(1) Cfr. DARESTE, loc. cit., p. 150; MEIER e SCHOEMANN (LIPSIUS), *Att. Process.* 2, 717 sg.

(2) Loc. cit., p. 151.

giuridico dei romani, ma qui appunto va usata dall' interprete somma cautela; perchè non è detto che tali espressioni debbano intendersi a rigore. « *Mancupio dare* » sta senz' altro per alienare in molti passi plautini, come l' *aedilis* sta per l' ἀγορανόμος del testo e anzi si alterna con esso. Anche in Terenzio io non troverei prudente il cercare con grande fiducia principii e istituti di diritto romano. E parmi che in realtà il Bekker (1) prenda troppo sul serio certi passi relativi a compravendita e negozii affini. In alcuni punti il diritto greco risulta, a mio credere, evidente, come nell' *Hautontimorúmenos*, 1, 1, 92 sg.

> omnis produxi ac vendidi, *inscripsi* ilico
> aedis.

Non dirò, tuttavia, che l' esame dei comici risulti inutile per la nostra questione. Le allusioni al linguaggio tecnico romano, che, soprattutto in Plauto, si intrecciano nel dialogo, possono fornire un criterio del grado di sviluppo raggiunto dai relativi istituti. E appunto rispetto alla vendita compaiono spesso le indicazioni tecniche relative all' *addictio in diem*, ai *pacta adiecta* etc., sicchè ben si può concludere con probabilità, che in quei tempi il nostro contratto (2) avesse già subito l' influenza dei giuristi e fosse quindi ammesso e riconosciuto dal diritto vigente. Ma più in là non si può andare, senza pericolo manifesto (3).

E tal risultato del resto si conferma con le altre fonti più sicure. Di Catone il censorio abbiamo il libretto *de agri cultura*, che giunse a noi gravemente alterato e interpolato (4), ma che tuttavia possiamo usare con profitto. L'autore è press'a

(1) *Ztschr.* cit., pp. 88 sgg.; 111 sgg.

(2) Vedi le ampie osservazioni in Demelius, *Zeitschrift für Rechtsg.*, II, p. 182 sg.

(3) Per es., che fosse così frequente (anzi ordinario) l' uso delle arre nelle comprevendite romane, come suolsi dedurre dalle commedie plautine, mi pare, a tacer d'altro, in contraddizione con le scarsissime menzioni che ne fanno i giuristi e i documenti a noi pervenuti. Invece nel diritto attico (e in altri diritti ellenici) l' ἀρραβών era il segno normale della perfezione del contratto: cfr. Meier e Schoemann (Lipsius), loc. cit., p. 714 (cfr. 712).

(4) Cfr. le buone avvertenze del Bekker, *Zeitschrift für Rechtsg.*, III, p. 416 sg.

poco contemporaneo di Terenzio. Le varie istruzioni, frammiste a schemi ch' egli porge per alcuni contratti di compravendita (vendita delle olive pendenti, della vendemmia, del vino a prova e misura, dei parti del gregge, del pascolo invernale [1]), non permettono di dubitare che il contratto fosse ai suoi tempi giuridicamente efficace, benchè privo di forma e solennità. Infatti le molteplici cautele, che si consigliano nel contrattare, mostrano che non si trattava di affari di reciproca fiducia; dove poi si esorbitava da quanto (soprattutto in quei tempi) costituiva oggetto del contratto, veniva consigliata la stipulazione, la quale troviamo pure adibita per potere raggiungere altri fini (per es., ove si richiede *satisdatio* per mezzo di *sponsores* o *fideipromissores* [2]), non mai per semplice rinforzo di quanto nel contratto si contiene [3]. Appare, d'altra parte, che l'azione di compravendita non si considerava ai tempi catoniani come informata alla *bona fides*; altrimenti quelle minute e scrupolose cautele concernenti il contegno delle parti (già senz' altro implicite nel concetto di *bona fides*) non avrebbero ragione di essere.

Un' altra testimonianza quasi contemporanea è quella di Sesto Elio e Druso, conservataci da Celso in un celebre frammento: D. 19, 1, 38, 1:

« Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt ».

Che questa notizia possa revocarsi in dubbio, non parmi in alcuna maniera; d'altra parte è chiaro che i giuristi citati consideravano il *servare indemnitatem* come funzione dell' *arbitrium* [4]. Non può in alcuna guisa ammettersi col Bekker [5] che qui si sottintenda un' esplicita stipulazione di un diritto di deduzione *pro cibariis*. Troviamo, dunque, l' *arbitrium empti venditi* già riconosciuto e svolto e informato a incipienti con-

---

(1) cc. 146-150.

(2) Cfr. Gai. 3, 119.

(3) Bene il BECHMANN, *Kauf*, I, p. 530 sg.; e così si eliminano le osservazioni del BEKKER, *Ztschr. f. RG.*, III, p. 440.

(4) KARLOWA, *Der röm. Civilpr.*, p. 132 sg.

(5) *Aktionen*, I, p. 314.

siderazioni di buona fede [1]; e quindi ben possiamo ritenere che il riconoscimento datasse almeno già da qualche tempo. Che tali incipienti considerazioni della buona febe potessero informare il giudizio fin dal tempo delle *legis actiones* (specialmente nell'ultimo periodo, quando accanto alla solenne *contestatio litis* già erasi introdotta l'istruzione scritta del magistrato al giudice), non mi pare facilmente da negare. Ed ecco perchè io non reputo buono il criterio che da questo passo deduce il Voigt [2] per stabilire la data della legge Ebuzia e della introduzione del processo formulare.

Ai tempi di Q. Mucio Scevola il contratto ci appare già nella sua piena esplicazione; il carattere di buona fede è del tutto riconosciuto e, come si può vedere dai frammenti a noi giunti, i principii fondamentali della relativa teoria datano già dalla giurisprudenza repubblicana.

Diversa dalla questione finora trattata è l'altra concernente il seguente punto: quale era il regolamento del negozio in Roma, prima che esso acquistasse tutela giuridica? Può ammettersi che bastasse la sola tutela morale, senza intervento di rimedii e sanzioni d'altra natura?

Per noi, che, come abbiamo detto precedentemente, non siamo alieni dall'ammettere che il riconoscimento giuridico del contratto di compravendita non debba porsi necessariamente in uno stadio troppo avanzato della storia del diritto romano (se non come negozio *bonae fidei*, almeno come negozio consensuale), non reca grave difficoltà il ritenere che in origine esso venisse lasciato esclusivamente in tutela della coscienza e dell'onore, senza che per vie più o meno indirette si cercasse di dargli giuridica protezione. Che il sentimento della *fides* fosse forte ed efficace in Roma antica, attestano gli scrittori; e io non so perchè in quella concorde tradizione debba vedersi una *laudatio temporis acti* [3] e nulla più. L'esperienza ci attesta esservi pure oggidì molti paesi, in cui tali sentimenti sono efficacissimi e rendono pressochè superflua l'opera del diritto; e sono specialmente i paesi agricoli e poco visitati da fore-

---

[1] Non comprendo bene la dottrina del BECHMANN (*Kauf*, I, p. 637) circa la distinzione fra *arbitrium* e *bona fides*.

[2] Da ultimo nella *Röm. Rechtsg.*, vol. I, App. II.

[3] BECHMANN, *Kauf*, I, p. 471.

stieri. Così alcune regioni montuose dell' Italia e varie provincie dei paesi nordici [1]. Il fatto stesso, che il diritto interveniva in pochi casi, che i processi erano rari, dice che una tale condizione si trovava comportabile per la buona condizione della comune moralità. Si pensi che nell' antico testamento *per familiae mancipationem* le disposizioni particolari di ultima volontà non erano giuridicamente obbligatorie; erano preghiere rivolte al *familiae emptor* [2]; il testatore si rimetteva alla *fides* e al *pudor* di lui, ai sentimenti di lealtà e di onore. Certamente esagera poi a sua volta il Bekker [3], secondo il quale fino agli ultimi tempi della repubblica il nostro contratto sarebbe stato sprovvisto di ogni tutela giuridica, quando crede che anche per il tempo posteriore alle guerre puniche ed all' ingrandimento di Roma la *fides* fosse un sufficiente surrogato di quella. Data la condizione della società romana nella seconda metà dell' era repubblicana, io stimo inescogitabile che negozi così frequenti e importanti della vita potessero restare sconosciuti al diritto vigente. Negozi riconosciuti e disciplinati (con molti dettagli) nei diritti forastieri specialmente greci, negozi di continuo uso fra romani e stranieri e fra stranieri, di cui il pretore peregrino avrà certo dovuto occuparsi, non potevano restare lungo tempo senza azione se avvenuti fra cittadini. Incalza anche di recente il Bekker [4], osservando che neppur oggi nelle società meno integre è la tutela giuridica quella che più efficacemente garantisce l' adempimento dei patti contrattuali. « Io, scrive l'arguto romanista, ho contratto moltissime comprevendite e non ho mai litigato per alcuna di esse; numerosi miei conoscenti han fatto lo stesso ». Ma si può rispondere che la tutela giuridica non esplica i suoi frutti sol quando la parte resistente è astretta dal giudice a eseguire i patti; ma ben più quando con la semplice aspettativa della sanzione toglie alle parti l' idea di sottrarsi agli obblighi incontrati. Tizio mi paga il prezzo dovuto: sarà per im-

---

[1] È nota a chiunque abbia visitato i paesi scandinavi la probità generale dei cocchieri, facchini, albergatori, etc.

[2] Cfr. Ferrini, *Legati*, Introduzione, c. 1.

[3] *Ztschr. für RG.*, III, p. 417.

[4] *Ztschr. Sav.-Stift.*, XIII, p. 110.

pulso di onestà, ma potrebbe essere anche per timore che io lo astringa per le vie giudiziali. È certo che, se domani il contratto di compravendita non godesse più tutela giuridica, tutti diventeremmo oltremodo cauti nei nostri affari; anzi la vita economica e commerciale resterebbe quasi del tutto arenata. Non vale addurre esempi di obbligazioni sfornite di tutela giuridica eppure ordinariamente osservate dalle parti; per es., le obbligazioni di giuoco (1). Giacchè qui si tratta di negozi punto necessari alla vita, che non han luogo che fra persone determinate e conosciute e che hanno, per coloro che fanno professione di giuocatori, conseguenze particolari non meno gravi di quelle che avrebbe la sanzione giuridica. Si osservi piuttosto quanto avviene per lasciti fatti da testatori a beneficio di enti non riconosciuti dallo Stato, mentre d'altra parte si confessa esservi nel caso un obbligo di coscienza e di onore. Eppure non vediamo noi calpestate continuamente le intenzioni dei testatori? Non vediamo noi per esempio vari istituti pii costretti a chiedere l'erezione in corpo morale per evitare le molte perdite, che loro fa subire la perfidia degli eredi?

Gli argomenti intrinseci si accordano pertanto con gli estrinseci nel provare che il diritto non dovette tardare troppo a dare azione per l'adempimento del contratto di compravendita. E a me non pare in alcun modo necessaria (e neppure probabile) l'ipotesi di una recezione nel diritto privato di istituti del diritto pubblico (2). È certo che fin dai più antichi tempi lo Stato romano è addivenuto a comprevendite e locazioni coi privati cittadini; ma è altrettanto certo che più antiche ancora dovettero essere tali contrattazioni dei cittadini fra loro. Ed a ben vedere la tutela giudiziaria mancava nelle une e nelle

---

(1) Circa le obbligazioni senza scrittura per un valore superiore ai 50 talleri, che il BEKKER, l. c., afferma adempiute in Prussia benchè giuridicamente inefficaci, io non sono in grado di giudicare. Bisognerebbe anzitutto vedere fra quali persone simili contrattazioni si fanno senza la forma voluta.

(2) Proprio di una " traslazione dei contratti pubblicistici nel diritto privato „ parla ora il MOMMSEN (*Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., VI, p. 267): questa sarebbe, anzi, la corretta espressione per indicare " che i contratti consensuali vennero muniti di azione „. Contro le antecedenti manifestazioni dello stesso autore cfr. BECHMANN, *Kauf*, I, p. 400 sg.; contro l'ultimo articolo citato v. il BURCKHARDT, l. c., pp. 16-23.

altre; in ambo i casi era la fiducia nel contraente, che determinava il negozio. Siccome lo Stato era assai più degno di fiducia, e d' altra parte il privato non poteva sfuggire al suo potere, così ben si capisce come non si sentì il bisogno per quella prima categoria di atti di altra tutela (che avrebbe ripugnato a tutte le idee pubblicistiche dei romani), mentre per la seconda categoria tale tutela si rese presto necessaria. Si aggiunga pure che non solo è inescogitabile una diretta traslazione di tali contratti dalla pubblica amministrazione nel diritto civile (quale altro esempio vi sarebbe, che rimonti addietro nella storia del diritto romano?) (1), ma che quella non poteva fornire al secondo neppure un opportuno esempio, su cui modellarsi. Intanto, se lo Stato vende, esso non compera mai; esso non si provvede degli oggetti occorrenti mediante l'*emptio venditio*, ma mediante un contratto di appalto di fornitura *(locatio operis)* (2). Inoltre è molto disuguale nei contratti fra lo Stato e i privati la posizione dei contraenti: il primo fissa le leggi del contratto e procede per via di auzione, mentre le contrattazioni fra privati sogliono avvenire in tutt' altro modo. In queste la condizione dei due contraenti è pari: *nascitur ultro citroque obligatio*; mentre nei primi tenuto, e strettamente tenuto, è solo il privato: lo Stato non suol venir meno agli impegni assunti, ma non vi può essere direttamente costretto. In alcune contrattazioni, p. es. nella *locatio operis*, la disparità delle condizioni delle parti risulta oltremodo evidente (3). Con ciò io non nego che potesse la prassi della pubblica amministrazione fornire in parecchi punti un modello ai privati: non nel senso che da questo esempio derivasse l'efficacia giuridica del contratto e la sua fondamentale struttura; ma nel senso che alcune norme trovate utili

---

(1) Sono molto diversi i casi dell'enfiteusi e della superficie. Questi erano istituti originariamente proprii dello Stato e dei comuni e si generalizzarono quindi nell' uso. Invece vendita e locazione furono sempre praticate nella vita romana e dal diritto pubblico sarebbe derivata l' efficacia giuridica. Efficacia giuridica equivale nel diritto privato a tutela giudiziaria e questa appunto é straniera alle contrattazioni della pubblica amministrazione in Roma.

(2) Cfr. lo stesso MOMMSEN, l. c., p. 268.

(3) Cfr. BECHMANN, *Kauf*, I, p. 453 sg.

nella lunga esperienza della più importante azienda potevano risultare applicabili pur nell' economia privata. Anche oggidì i più oculati sogliono valersi della esperienza delle grandi amministrazioni pubbliche, in quanto può convenire ad azienda privata. Ciò dovette soprattutto essere nel campo della locazione, ma non mancò nel contratto di compravendita, e alcuni dei formulari catoniani (cf., per es., c. 146) mostrano qui pure reminiscenze dei programmi censorii, probabilmente reminiscenze della stessa carriera dell'autore. Nè il modo, con cui i rapporti nascenti da tali contratti venivano trattati dai magistrati romani, sarà stato totalmente estraneo al trattamento, che essi finirono per avere anche nell' ipotesi che i contratti si fossero conchiusi fra cittadini privati: ma che proprio « nell'amministrazione censoria » debba cercarsi l' origine « del profondo concetto della *bona fides* » mi è molto dubbio.

Nè la terminologia prova necessariamente un transito di contratti pubblicistici nel diritto privato. Mi arresto su questo punto per il motivo, che, ammettendosi che nel campo del diritto pubblico non fosse ben distinto il contratto di compravendita da quello di locazione-conduzione, si ritiene generalmente che lo stesso fosse nel diritto privato (1); e anzi il Voigt (2) è arrivato a sostenere che in origine vendita e locazione costituivano un solo contratto, da cui le singole specie si sarebbero man mano evolute. Il famoso testo, da cui pende specialmente la teoria, è quello di Festo: « *venditiones olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus locorum publicorum venibant* ». Ma che il passo non si riferisca a tutte le locazioni censorie, è ormai comunemente ammesso (3). I *fructus* (più esattamente, come dice il testo, i « *velut fructus* ») dei *loca publica* sono, come ben avverte il Degenkolb, le prestazioni da pagarsi dai possessori di essi. In tal caso l' appellativo di *venditio* è ben spiegabile; manca la cosa su cui deve aver luogo l' uso effettivo e che deve restituirsi ad uso finito. Un oggetto corporeo vi ha appunto nelle future prestazioni, che

---

(1) Cuiacio, *Obs.*, IX, 15. Vedi Pothier, *Louage*, n. 4.

(2) Da ultimo nella *Röm. Rechtsgeschichte*, vol. I, § 56.

(3) Degenkolb, *Platzrecht und Miethe*, p. 138; Bechmann, *Kauf*, I, p. 424; Pernice, *Zeitschrift der Sav.-Stift.*, R.A, IX, p. 241 (cfr. Mommsen, *Staatsrecht*, II, p. 441); Burckhard, l. c.

il pubblicano non ritrae mediante l' uso della cosa, ma riceve direttamente dai possessori. Appare, quindi, come il pubblicano venisse parificato al compratore di frutti futuri. Solo la posteriore giurisprudenza (1) comprese che si trattava di un diritto dato in esercizio per un tempo determinato, e così potè designare il negozio come conduzione-locazione (2). Il transito dall' una all' altra concezione appare chiarissimo nella *lex Thoria*, v. 85: « *vectigalibusve publicis fruendeis, locandeis, vendundeis deixerunt* ». Ma fuori di questo uso di *venditio* null' altro si trova che favorisca la tesi contraria. Non, per es., il passo di Livio 40, 51, 5, ove si discorre di « tabernae, quas *vendidit* in privatum » : poichè qui, trattandosi di *superficies*, la concezione giuridica del rapporto rimase lungamente incerta: cfr. Ulp., D. 18, 1, 32. Non perchè fossero incerti i termini dei due contratti (e tanto meno perchè questi fossero confusi in uno), ma perchè era possibile considerare in vario modo l'oggetto dedotto in contratto, troviamo ora prevalere la figura della vendita, or quella della locazione. Rimane l' uso della voce « *redimere* », che nel linguaggio censorio e pur in quello del diritto privato significava l' assumere in affitto terreni o prendere lavori in appalto; cfr. Festo, p. 279b, 9 M.: « *redemptores proprie atque antiqua consuetudine dicebantur qui, cum aliquid publice faciendum aut praebendum conduxerant effecerantque, tunc demum pecunias accipiebant* ». Cfr. pure l'editto citato in Gellio 11, 17, 2, la *lex Puteolana* etc. Il Burckhardt nella dissertazione citata ha osservato che *redimere* non ha in latino il senso di *emere* (comperare), ma semplicemente quello di *assumere*. Sostanzialmente la stessa idea è già nel Degenkolb (3), che si richiama al « significato originario neutrale di *emere* ». Il Voigt (4) obbietta che diversamente traducono le glosse grecolatine e che *re* -, *red* - ha il senso che hanno in tedesco *zurück* -, *wieder* -, *er* - » ; sicchè *redimere* ora deve tradursi « *zurückkaufen* », ora « *erkaufen* ». Veramente quest' ultimo argomento non è troppo forte, perchè niun altro dei composti di *emere* ha il

---

(1) Difatti Festo designò quell' uso come tramontato (*dicebantur*) : v. però Hygin., p. 116, ll. 12-14.

(2) Cfr. il BECHMANN, l. c., p. 426 e i citati a p. 68. n 3.

(3) *Platzrecht* etc., p. 141.

(4) *Röm. Rechtsg.*, I, p. 631 sg.

fondamentale significato di *comperare (adimere, sumere, demere)*. Nè dalle glosse è comprovata la tesi contraria. Del resto, vuolsi tenere distinta la *redempio captivorum*, dove il significato originario (ricuperare) potè per la necessità del pagamento del prezzo di liberazione e per l'evidenza della composizione *(red-imere)* alquanto oscurarsi. Ma che appunto *redimere* non significasse *comperare,* prova il fatto che noi non lo troviamo mai usato in luogo di *emere,* e, pur nei contratti censorii, appare ristretto agli *ultro tributa* e alle locazioni dei fondi (miniere) dello Stato. Nè può negarsi che il significato di assumere (un'opera, il cui compimento incombe allo Stato, o la coltivazione di un fondo allo Stato pertinente) risponde benissimo alle applicazioni. Del resto, il contrapposto di *redimere* è sempre *locare* (1) e lo stesso Festo al citato luogo esprime l'attività dei *redemptores* con il verbo *conducere* (2).

Nessuna prova, poi, sembra desumibile per il diritto privato dai numerosi testi addotti dal Voigt. Alcuni di essi, infatti, parlano di compravendita di frutti futuri:

Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 18, 1, 80, 2 « silva caedua in quinquennium venierat ». Qui si compera la legna da tagliarsi. E infatti ai tempi di Labeone, e più ancora a quelli di Giavoleno, niuno oserebbe asserire che la locazione non fosse ben distinta dalla compravendita. Nè importa che la decisione rimonti a Servio, poichè i due autori citati avrebbero certo corretto il linguaggio meno esatto; e poi lo stesso Voigt riconosce che già nella *lex Thoria* è pienamente distinta la *locatio* dalla *venditio* dei fondi: in un'età, quindi, anteriore a Servio Sulpicio.

Cato, *de a. c.* cc. 149-150. Qui si parla del modo, con cui « pasculum hibernum venire oporteat » e « fructum ovium venire oportet »: naturalmente, e l'uno e l'altro negozio si concepiscono come comprevendite di frutti futuri. Anche nel primo caso, infatti, manca l'uso pieno e la coltivazione del fondo;

(1) Liv. 43, 16, 6; Alfeno D. 39, 4, 15.

(2) Significantissimo è il fatto che non si dice mai *redemptor* chi acquista alle auzioni questorie: eppure il negozio avrebbe dovuto (secondo le idee del Voigt) concepirsi in modo affatto identico. Circa i risultati del Mommsen, *Ztschr.* cit., pp. 264-266, appare dal testo in quale misura li accettiamo.

il compratore non ha diritto se non all' uso necessario per far consumare l' erba alle pecore. Che al c. 150 poi si legga « *conductor* duos menses pastorem praebeat », in luogo di *emptor*, si spiega benissimo coi continui rimaneggiamenti e con le alterazioni dell' opera catoniana [1], avvenuti in tempi in cui si erano modificate le idee intorno a questi negozi. Infatti si comprende benissimo come tali contratti, accentuandosi ora l' uno ora l' altro elemento, si potessero considerare come compravendita e come locazione [2].

Altri sono invece testi non giuridici che usano un linguaggio improprio o metonimico:

Acro in Hor. *satur.* 2, 7, 58 « gladiatores ita se *vendunt* etc. ». Acrone è del tempo di Settimio Severo; ma ora è riconosciuto che gli scolii oraziani, che portano il suo nome, sono del settimo secolo! [3]. Non si vede, dunque, come mai uno scrittore di scarsissima autorità e tanto posteriore possa provare per l' uso originario e antichissimo. E tanto meno so vedere che cosa provi l' iscrizione d' incerta data [4] « neque ulli liquebit locationis causa in annis centum quandoq(ue) transvendere ». Dove risulta manifesta l' inesperienza e la confusione delle idee di chi ha dettato la disposizione. Del resto, se una locazione centenaria al profano sembrava una vendita, non è difficile scorgere la ragione; in così lungo termine si attenuava e quasi spariva l' importanza del dominio conservato dal locatore. Che poi scrittori non giuristi dicano « comprare l' arte o i servizi di alcuno » [5], chiamino *grex venalium* i servi che il padrone dà in locazione [6], etc., si comprende benissimo: anche oggidì suolsi dire che taluno vende il proprio ingegno, la propria penna, l' arte, che taluno si

---

(1) KEIL, *Obs. crit. in Catonem*, p. 76. Cfr. BEKKER, *Ztschr. für Rechtsg.*, III, p. 434.

(2) BECHMANN, *Kauf*, I, p. 424, num. 3. Meno esatto il DEGENKOLB, *Platzrecht* etc., p. 141. Egli vede in questi passi catoniani " Spuren der Vermengung beider Begriffe „; ma si pensi in quale stato e traverso a quali vicende è giunto a noi il libretto di Catone!

(3) Cfr. RAMORINO, *Letteratura romana* (2ª ed.), pp. 164, 257.

(4) *Corp. inscr. lat.*, IX, 136.

(5) Plauto, *Mil. glor.*, 4, 2, 84; *Epid.*, 1, 2, 17; Cic., *de off.*, 1, 42, 150 etc.

(6) Plauto, *Aulul.*, 3, 3, 4.

vende etc. In senso metonimico scrive per esempio Seneca [1]: « emis a medico rem inaestimabilem, vitam ac valetudinem bonam; a bonarum artium praeceptore studia liberalia et animi cultum ». Intanto tali frasi trovansi per la massima parte in scrittori posteriori all'epoca in cui il Voigt stesso pone la distinzione della *locatio conductio rei* e *operis* dall'*emptio venditio*. Inoltre tali citazioni contrastano singolarmente con altra affermazione del medesimo autore; secondo il quale l'unificazione di così diverse figure contrattuali sarebbe propria bensì del linguaggio tecnico legale e della giurisprudenza, ma non della vita comune, la quale avrebbe anzi sempre tenuto distinti atti aventi così diversa funzione economica [2].

È pure abbastanza diffusa, e per opera di scrittori autorevoli, l'opinione che il contratto consensuale di compravendita sia nato dalla combinazione di due stipulazioni reciproche, le quali con l'andare del tempo deposero la loro forma specifica riducendosi a mere dichiarazioni delle volontà contrattuali. Il precipuo sostenitore di questa dottrina è, a mio credere, il Bekker [3]; essa si trova pure nello Jhering [4], ed il Girard nel suo pregevolissimo studio storico sull'evizione [5] dichiara essere questa l'ipotesi preferibile, avente, a suo credere, la propria base in un terreno solido. A me, invece, siffatta congettura sembra del tutto inverosimile. Anzitutto, in tale ipotesi il concetto del contratto di compravendita viene essenzialmente distrutto; le due obbligazioni hanno ciascuna la propria causa affatto indipendente, almeno sotto l'aspetto formale. Quanto ciò contrasti con le più vetuste idee romane (si pensi all'unità del negozio così tenacemente raffigurata nella *mancipatio*, che nelle origini sue è indubbiamente una compravendita d'immediata esecuzione) ha fatto saviamente notare anche il Bechmann [6]. In secondo luogo, non è arduo scorgere quali inconvenienti sarebbero derivati (data appunto la reciproca indipendenza causale delle due obbligazioni) se, dopo che l'una parte

---

(1) *De benef.*, 6, 15, 2.
(2) Loc. cit., p. 634.
(3) *Ztschr. für Rechtsg.* III, p. 442: cfr. *Aktionen*, I, p. 156.
(4) *Geist*, III, p. 175 *et alibi passim*.
(5) *Nouvelle Revue historique de droit*, VII, p. 529, nota.
(6) *Kauf*, I, p. 457 sg.

avesse promesso e quindi si fosse obbligata, l'altra tacesse o rispondesse negativamente alla interrogazione ad essa rivolta. Per sfuggire a tali conseguenze, lo Jhering ha immaginato che il contenuto di una stipulazione venisse assunto a condizione dell'altra [1]: « si ego tibi X dare promitto, hominem Stichum mihi tradere promittis ? ». Con ciò naturalmente si evitava il pericolo di dovere dare Stico, ancorchè l'altra parte si rifiutasse a promettere il prezzo; ma quale mezzo di coazione ci sarebbe stato contro la parte che non avesse voluto promettere? Evidentemente, nessuno. Poichè, almeno ch' io sappia, non si è mai sostenuto che potesse avere efficacia coattiva un *pactum de stipulando:* tanto varrebbe sostenere addirittura l'efficacia giuridica diretta del contratto consensuale. In terzo luogo, se le due obbligazioni del compratore e del venditore si possono rivestire della forma della stipulazione, ognuno vede quanto ciò risulti malagevole (e si potrebbe dire forse impossibile) per quelle del locatore e del conduttore [2]. E la storia dell' *emptio venditio* non può staccarsi da quella della *locatio conductio;* vale a dire, non si può ammettere che nel loro svolgimento i due contratti battessero strade diverse. Il locatore si obbliga a non turbare il conduttore nell'uso della cosa; ma tale obbligo è vincolato a molte condizioni: che il conduttore paghi, che non si serva della cosa in modo contrario ai patti, che il locatore non abbia bisogno egli stesso della cosa, che questa non esiga delle riparazioni. E congruentemente il conduttore si obbliga a pagare la mercede, ma tale obbligazione si commisura all'uso e al godimento effettivo. Ora, si pensi se tali obbligazioni siansi mai potute raccogliere nello stampo di due stipulazioni; si pensi soprattutto se il locatore degli immobili (la parte forte) avrebbe mai voluto assoggettarsi a tali vincoli stretti e assoluti. Ben altra cosa è che talora qualcuno degli obblighi s' isolasse dal complesso contrattuale per qualsiasi motivo (per es., per i confini tuttora incerti della tutela giuridica, per annettervi una *sponsio* od una *fideipromissio*), rivestendolo della stipulazione. In quarto luogo devesi

---

(1) Loc. cit.

(2) S' intende, per talune delle più ovvie configurazioni del contratto: cfr. BURCKHARDT, *Zur Gesch. der loc.*, p. 50.

pur osservare che questo fenomeno delle due reciproche stipulazioni, le quali si svestono della loro forma specifica e si riducono a semplici espressioni di volontà, delle due cause che si confondono nell'unità di una causa più ampia, è, specialmente per un'età così antica, tutt'altro che facilmente concepibile e conforme a quanto noi sappiamo di sicuro sullo svolgimento degli atti giuridici in tale periodo. Tutta questa serie di cospicue inverosimiglianze potrebbe solo essere vinta da certissimi fatti contrari; ma simili fatti non furono addotti. « Un esempio di una compravendita conchiusa in forma di due stipulazioni non è stato recato ancora; donde deriva che questa figura contrattuale non era nè regolare nè frequente ». Così scrive il Bechmann [1]; e, a mio avviso, è questo un argomento assai forte contro la combattuta ipotesi, specialmente ove si pensi alla vita tenacissima delle varie formole, dei vari rimedi giuridici (che non vengono mai affatto meno per essere cessata la loro necessità, o anche utilità, primitiva) in Roma antica.

Anche l'opinione che fra l'originaria condizione delle cose, in cui la compravendita non era tutelata dal diritto, e la posteriore, in cui il contratto consensuale era munito di azione, intercedesse uno stadio, nel quale, pur non essendovi azione per far valere la semplice convenzione, vi fosse per la parte, che avesse già adempiuta la sua prestazione, al fine di ottenere la prestazione reciproca; che, insomma, prima di essere riconosciuta come contratto consensuale, la compravendita lo fosse come contratto reale [2], è, a mio credere, poco probabile. La compravendita può immaginarsi, astrattamente parlando, nella figura di un contratto reale; tale fu anche nel diritto classico e giustinianeo la permuta, tale fu la vendita stessa in diritti germanici [3]. Ma qui si tratta di vedere se possa provarsi l'esistenza di un simile imperfetto riconosci-

---

[1] *Kauf*, I, p. 160.

[2] PERNICE, *Labeo*, I, p. 465 sg. Per la locazione cfr. DEGENKOLB, *Platzrecht* etc., passim: specialmente p. 202 sg.

[3] Cfr. SOHM, *Eheschliessung*, p. 24 sg.; SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, p. 473 sg. Per alcuni statuti italiani dominati dall'influenza germanica cfr., per es., DE VITO, *Antologia giuridica*, VI, p. 449 sg.

mento del contratto nel diritto romano. Intanto, i contratti reali riconosciuti al tempo repubblicano (i così detti contratti reali nominati) hanno tutt' altro tipo e tutt' altra funzione [1]; la compravendita invece rientra nel tipo dei συναλλάγματα, il cui riconoscimento è opera della giurisprudenza imperiale. Perchè poi non avrebbe potuto il contratto venir riconosciuto addirittura come consensuale, come lo fu il mandato e la società? Che in Roma un *pactum conventum* potesse ottenere senz'altro tutela giuridica e diventare così *iure praestans*, provano i contratti testè accennati; che in una società abbastanza progredita una tale tutela sia richiesta, appena si può mettere in dubbio. Ma quanto più importa si è che niuna delle prove arrecate ha molta forza. Si è voluto vedere una traccia di tale anteriore condizione di cose nelle regole che il pericolo passa appena perfetto il contratto al compratore, e che per l'usucapione si richiede la buona fede non solo al momento della tradizione, ma già a quello del contratto [2]. Si dice che tutto ciò prova che in origine la perfezione del contratto coincideva con la effettiva prestazione della cosa; ciò sarebbe provato anche dalla *exceptio non adimpleti contractus* opponibile al venditore (e, in principio, a lui solo) che senza prestar la cosa esiga il prezzo, la quale *exceptio* pur non è in coerenza con la posteriore natura consensuale del contratto. Ma mi sembra notevole che da tali indizi si potrebbe tutt'al più conchiudere (e si è infatti dal Pernice conchiuso) che si perfezionasse in origine il contratto con la prestazione della merce. Rimarrebbe escluso che il contratto potesse perfezionarsi con il pagamento anticipato del prezzo; e la ragione di una tutela giuridica, concessa nel primo caso e in questo negata, davvero non si vede. Che il venditore solesse prendere l' iniziativa della prestazione, benchè non provato, si può supporre; ma che ciò si elevasse a necessità giuridica (come proverebbe l' induzione da quei fatti accennati, se fosse valida e sicura), non è in alcun modo credibile. E, invero, o il motivo d' introdurre l' azione fu solamente quello di non lasciare più alla sola protezione della morale e dell' onore un così importante e frequente negozio della vita sociale, e allora

[1] BECHMANN, *Kauf*, I, p. 17; cfr. BURCHKARDT, l. c., p. 51 sg.
[2] PERNICE, l. c., p. 145 sg.

dovette senz' altro darsi azione in base al solo consenso reciprocamente manifestato; o il motivo fu quello di proteggere chi, fidando nell' altro contraente, aveva cominciato a prestare da parte sua e nella sua fiducia si trovava deluso, e allora la protezione avrebbe dovuto estendersi anche al compratore, che avesse pagato il prezzo prima di ricevere la merce. Come spiegare, del resto, i vari punti della teoria del nostro contratto, per cui si è tentata l' accennata esplicazione storica, non è quesito, che qui si possa svolgere.

Possiamo quindi ritenere che in un' età, non possibile a determinarsi neppure in via approssimativa, ma certamente abbastanza remota, siasi concessa in Roma azione per la compravendita. Che tale azione si concedesse vigente tuttora la procedura delle *legis actiones*, è molto verosimile; benchè non siamo in grado di indicare quale tipo di *legis actio* venisse all' uopo impiegato. Le probabilità maggiori sono per l' *actio sacramento;* il concetto strenuamente sostenuto dal Baron (¹) di una generale efficacia della *condictio* trova ormai opposizione suffragata da validi argomenti (²). Meno verosimile sembra a me l' ipotesi di un più recente svolgimento dell' azione, che sarebbe anzitutto stata accordata come *actio in factum* dal pretore e quindi, per la comune persuasione della giuridica efficacia, considerata come azione di diritto civile, per cui si potesse esperire il *dare facere oportere.* Quest' opinione sta a fondamento delle eleganti osservazioni del Wlassak (³) e si trova accolta da uno dei precipui storici del diritto romano, il Krueger (⁴). Egli distingue due gruppi fra le figure di obbligazioni riconosciute dal *ius civile* romano e che pur si designarono come appartenenti al *ius gentium.* Da un lato quelle, la cui origine egli attribuisce all' opera della *disputatio fori* (le azioni di arricchimento, l'ampliamento delle forme di stipulazione, il mutuo); dall'altro quelle « che devono la loro introduzione al *ius honorarium* ». Queste obbligazioni, egli scrive, sono state chiamate in vita da nuove azioni, che non sono state

---

(¹) *Die Condictionen*, p. 93 sg.
(²) Cfr. specialmente Pernice, *Ztschr., Sav.-St.*, R.A., XIII, p. 250 sg.
(³) *Zur Geschichte der Neg. gestio*, p. 167.
(⁴) *Gesch. der Quellen*, p. 44.

proposte da leggi, ma dall' Editto; anzi le più antiche presumibilmente non in forma di *iudicia bonae fidei*, ma di *actiones in factum;* solo in seguito a un mutamento del comune modo di vedere tali azioni sarebbero state assunte nel novero delle civili. Gli argomenti di tale opinione consistono soprattutto in ciò, che il descritto procedimento storico trova una conferma in quanto noi sappiamo per le azioni di deposito e di commodato, dove il perdurare fin nel periodo classico della formula in *factum* accanto a quella in *ius* si spiega comunemente, e a ragione, come un vestigio della originaria condizione delle cose (G. 4, 47). Ma si avverta che l'analogia non è piena; che, a tacer d' altro, la compravendita dovette necessariamente essere tutelata ben prima del commodato e del deposito; e che, secondo ogni verosimiglianza, siffatta tutela per via di azione dovette attuarsi prima della legge Ebuzia. Sta bene che nel *de officiis* (3, 15, 61) Cicerone parli dei « *sine lege iudicia, in quibus additur ex fide bona* » in contrapposto all' azione di tutela scendente dalle 12 tavole ed alle azioni *ex lege Plaetoria;* ma da ciò deriva solo quanto niuno contesta, che cioè non una legge, ma la consuetudine e l' opera della giurisprudenza fecero riconoscere tali azioni. Nè io darei molto valore alla frase *arbitria honoraria* usata nell' orazione *pro Roscio com.* 5, 15 in contrapposto a *iudicia legitima;* perchè è poco chiaro quale sia il contenuto di essa, e perchè non si vede affatto che con l' espressione *arbitria honoraria* in contrapposto a *iudicia legitima* e ad *officia domestica* l' oratore alluda alle nostre azioni. Può ritenersi col citato scrittore che le azioni edilizie, estimatoria e redibitoria, fossero precorritrici dell' *actio empti?* Io non lo credo. Parte veramente antica dell' editto edilizio è solo quanto concerne l' azione redibitoria per *morbi* e *vitia* del servo venduto. Che l' editto *de iumentis vendundis* sia notevolmente più recente, è già stato intuito da altri scrittori [1]; a mio avviso, oltre il carattere arcaico e la minore perfezione dei rimedii nell' editto *de mancipiis vendundis*, serve a prova dell' antichità di questo l' analogia dei diritti greci, i quali riconoscono la δίκη ἀναγωγῆς solo per la

---

[1] Cfr. anche BECHMANN, *Kauf*, I, p. 387 sg.

vendita dei servi [1]. Ora l' azione redibitoria è di tal natura, che difficilmente si può mettere in relazione diretta con l' *actio empti*; essa non mira a far eseguire la prestazione contrattuale o ad ottenerne l' interesse, ma invece a sciogliere addirittura il contratto, rimediando al danno con il *facere inemptum*. È un rimedio straniero allo spirito del diritto romano, e che si spiega solo per imitazione delle usanze dei mercati greci. Qualunque sia l' antichità di tale editto [2], quello *de iumentis vendundis* non solo è posteriore [3], ma è anche più dell' altro ritoccato da successivi emendamenti. Il *quo minoris cum venirent fuerint* non si rinnoda affatto bene al contesto. L'azione estimatoria (dall' interpretazione di questo editto estesa poi anche all' ipotesi di *mancipia vendita*) non fu introdotta probabilmente che per l' infuenza dell' *actio empti*; nè si dica che in questa l' interesse si considera diversamente, poichè nulla esclude che nei primi tempi anche nel *iudicium empti* il giudice misurasse in tal modo l' entità del pagamento da farsi all' attore. Quest' azione estimativa non è in piena armonia con la natura della giurisdizione edilizia, che ha carattere piuttosto di polizia; ben si comprende come il magistrato di polizia ordini la restituzione del prezzo al compratore, che trova un vizio inaspettato nella cosa, purchè egli la renda al venditore; si capisce anche che commini, ove il venditore non adempia a certe prescrizioni, di venire in aiuto al compratore che voglia svincolarsi dal contratto già perfetto ed eseguito; ma

---

(1) Il diritto attico non sembra conoscere che l' ἀναγωγὴ οἰκέτου: cfr. MEIER e SCHÖMANN [LIPSIUS], *Der attische Process*, II, p. 167 sg.; Plato, *de legibus*, lib. XI, p. 916; CAILLEMER s. v. " Anagoges dice „ nel *Dictionnaire des ant.* di DAREMBERG e SAGLIO, I, p. 260 sgg. Notevolissima e importante soprattutto per il diritto romano è la disposizione della legge di Gortina, VII, 10-15: cfr. COMPARETTI, *Museo italiano*, I, pp. 249, 255, 268. Meno chiara la versione del DARESTE, *Nouvelle revue hist. de droit*, X, 263.

(2) Niun criterio si può dedurre dai noti passi di Plauto: *Mil. gl.*, 3, 727; *Rud.*, 2, 379; *Capt.*, 4, 823. Questi passi si riferiscono all' ἀγορανόμος greco e alle sue funzioni, di cui v., per es., anche Aristotele nella *Costituzione degli ateniesi*, c. 51.

(3) Cicerone nel *de officiis*, 3, 17, 71, parla della *venditio mancipiorum* in modo da far credere che ai suoi tempi l' editto edilizio non si riferisse che ad essa. Nel qual caso naturalmente ogni supposizione, simile a quella che combattiamo, rimarrebbe assolutamente priva di base.

meno si capisce come, pur tenendo fermo il contratto, gli edili si occupino di regolarne le conseguenze nascenti, in un modo analogo a quello con cui suol procedere il pretore. Più facile pertanto lo spiegare l' *actio quanti minoris* come effetto di un' influenza esercitata dalla giurisdizione del pretore sul diritto edilizio, che non viceversa il considerare l' *actio empti* come svolgimento e frutto di disposizioni originarie di questo [1].

---

[1] Il GIRARD, *Nouvelle revue hist.*, VIII, 414 avverte che le disposizioni dell' editto edilizio si possono concepire " au dehors de toute idée de contrat de b. f., de contrat consensuel même ". Ma ciò per l'azione estimatoria, per es., non mi pare affatto vero.

Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano (*).

CAPITOLO I.

Svolgimento storico dell' istituto.

Gai. 4, 47 :

« Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti commodati et depositi ».

La retta intelligenza di questo paragrafo di Gaio è fondamentale per la materia che ci accingiamo a trattare. È molto controverso se le azioni di commodato e deposito fossero le uniche, per cui l' albo conteneva la duplice formula ; tutto sta nel modo di intendere il *veluti*, che accenna ordinariamente a una mera esemplificazione, ma non esclude neppure che si tratti di una enumerazione esauriente, nel qual caso dovrebbe tradursi per « ovvero », « ossia », « cioè » (1). Nella ipotesi del più normale significato i moderni hanno pensato ad altre azioni, cui potesse riferirsi la notizia di Gaio ; chi ha pensato all'*actio pigneraticia* (2), chi all'*actio mandati* (3), chi all'*actio fi-*

(*) [In *Archivio giuridico*, 52, pp. 469-499 ; 53, pp. 41-73 e 257-309 : la monografia è dedicata a VITTORIO SCIALOJA. Sono state tenute presenti per qualche ritocco le appendici alla traduzione italiana delle *Pandette* del GLÜCK, XIII, pp. 246-292, di data più recente].

(1) EISELE, *Exceptionen*, p. 131.

(2) Cfr. LENEL, *E. P.*. p. 201 sg. [3ª ed., 255].

(3) *Ibid.*, § 108.

duciae [1] e così via. Tale questione non si può qui discutere per la sua troppo grande indeterminatezza, che non lascia speranza di pervenire a risultati sicuri. Ma vi ha un altro problema, che concerne la relativa cronologia delle due formule. Quale di esse fu la più antica? E perchè, dopo che l'una era già stata proposta e comprovata dall'uso, si sentì il bisogno di proporre anche l'altra?

Per spiegare la duplicità di formula molti scrittori hanno richiamato i seguenti passi [2]:

Paul. 9 *ad Sab.* (D. 44, 7, 9):

« Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam *et depositi et commodati*, ut Iulianus putat. Cfr. Ulp. 1 *disp.* (D. 44, 7, 13): *in factum actiones* etiam filiifamiliarum possunt exercere ».

L'*actio in factum* sarebbesi quindi introdotta a favore del *filiusfamilias*, che avrebbe così potuto *agere suo nomine* per tali contratti. Ma siffatta spiegazione incontra difficoltà non lievi. Se proprio questo fosse stato il fine della formulazione *in factum* e la funzione della rispettiva formula, come mai direbbe Paolo « ut Iulianus putat? » Cfr. Ulp. (17 *ad Ed.*) D. 16, 3, 19 « Iulianus et Marcellus putant, filiumfamilias depositi recte agere posse ». Questo frammento, che conferma e completa la notizia del D. 16, 3, 9, ben ci avverte che Giuliano, seguito da Marcello, trovò possibile accordare *suo nomine* al figlio di famiglia le azioni di commodato e di deposito, in quanto che esisteva una formulazione *in factum*; ma sicuramente non ne deriva che tale fosse lo scopo e la funzione di siffatta formula: ne deriva anzi il contrario [3].

Non si capirebbe poi, ove si ammettesse tale spiegazione, perchè tale concezione *in factum* si sarebbe dovuta restringere

---

[1] GEIB, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., VIII, 131 sgg.; PERNICE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., IX, p. 228; cfr. però *Labeo*, III, 1, p. 124 sgg.

[2] Cfr. HEFFTER, *ad Gaii comm. IV*, p. 58; ZIMMERN, *Gesch. des röm. Rs.*, III, p. 154; SCHMIDT, *Das comm. u. prec.*, p. 146 sg.; SAVIGNY, *System des h. r. Rechts*, II, 102 e V, 84; PUCHTA, *Institutionen*, II, §§ 165. 219; VANGEROW, *Pand.*, I, 138. Cfr. pure i passi citati da HUSCHKE, *ad Gai.* 4, 47, nella *Iurispr. anteiustiniana*.

[3] La formula *in factum* era per sè certamente applicabile anche all'ipotesi di un *filiusfamilias* attore.

alle due azioni di commodato e di deposito [1]; mentre la giurisprudenza romana non ignorava che in molti casi i *filiifamilias* abbisognavano di simile rimedio, e per molti altri negozii ben più frequenti e indispensabili che non siano i due accennati. Cfr., per es., quanto scrive Ulp. 23 *ad Ed.* (D. 5, 1, 18, 1):

« Unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens [2], *vel mandati agens vel pecuniam, quam credidit, repetens*, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat » [3].

Perchè mai il pretore avrebbe, dunque, pensato a quelle sole due cause?

Si è detto che l'*actio in factum* si accordava, quando il convenuto negava il fatto stesso del deposito o del commodato; quella *in ius*, quando il conveuuto ammetteva l'esistenza del rapporto giuridico e la disputa verteva solo sulle relative conseguenze. Ma tale opinione ha contro di sè due obbiezioni gravissime. La prima è, che non si vede perchè tale possibile divergenza sulla natura della controversia fra le due parti (che si ha in tutte le azioni contrattuali) solo qui si traduca nella duplicità di formula; forse che la stessa ragione non vi sarebbe ovunque? Si avverta poi che, qualunque sia la natura della controversia, la risoluzione è sempre la medesima. La seconda obbiezione a mio avviso è questa: che nè l'una nè l'altra formula presenta verun appiglio a siffatta distinzione. La formula *in ius*, per es., è costrutta affatto analogamente all'*actio empti venditi*, nella quale si comprende pure quel caso, in cui il convenuto nega addirittura l'esistenza dell'affermato rapporto giuridico; ora non si vede perchè il giudice, che qui

---

[1] Cfr. Thon, nella *Zeitschrift für Rechtgesch.*, II, 291-292; Accarias, *Précis de droit romain*, II⁴, 794.

[2] Qui non si allude alla formula *depositi in factum*, che non è un *utile iudicium*, bensì ad un adattamento (mediante finzione) della formula *in ius concepta*. Da ciò, pertanto, già si ricava che tra le due formule esistevano altre differenze.

[3] Che qui pure Ulpiano penda da Giuliano è verosimile per la citazione con cui s'apre il § 1.

trovava compresa anche tale ipotesi, là non la potesse trovare. E la formula *in factum* è composta analogamente a moltissime altre, in cui si comprende certamente il caso che il convenuto ammetta l'esistenza del fatto o rapporto indicato nella *intentio*, e solo ne contesti le conseguenze o si rifiuti di corrispondervi.

Si sono cercate altre differenze nella funzione e negli effetti delle due formule. La formula *in factum*, si dice, ha il vantaggio di fronte all'altra di essere arbitraria; ciò farebbe appunto credere che siasi più tardi introdotta per avere questo vantaggio. Ma, anzitutto, per raggiungere tale scopo sarebbe bastato inserire la clausola restitutoria nella formula preesistente: in realtà poi ciò sarebbe stato inutile, essendo la formula in *ius* munita di *intentio* « ex fide bona », la quale in simili casi conduceva allo stesso risultato: cfr., per es., D. 19, 5, 9. Si è invece obbiettato (1) che dal testo gaiano appare essere state arbitrarie tutte e due le formule; ma tale obbiezione è per più capi viziata. La formula *in factum* (come ora leggesi in Gaio) non è certamente arbitraria, come a torto si ritiene. Essa suona così:

« Si paret A.um A.um apud N.um N.um mensam argenteam deposuisse *eamque dolo malo N.i N.i A.o A.o redditam non esse* ».

Ma certo nelle ultime parole non si può vedere una clausola restitutoria (2); esse si rapportano ai fatti antecedenti alla *contestatio litis*, non alla facoltà di sfuggire, restituendo *arbitratu iudicis*, alla *condemnatio post iudicium acceptum*. Circa, poi, la formula *in ius* è noto come il Huschke ad Gai. h. l. (3) abbia acutamente sciolta la sigla NR, che trovasi nel palinsesto sul fine della formula *in ius*, nelle parole *nisi restituat*: così si è creduto che tal formula risultasse anche nell'apparenza arbitraria:

« ... iudex N.um N.um A.o A.o condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito ».

Ma, lasciando per ora in disparte la già avvertita inutilità di tale inciso, è chiaro come esso sarebbe ad ogni modo fuori

(1) ACCARIAS, *Précis*, II4, 794.
(2) Cfr. THON, *Ztschr. f. RG.*, II, 293.
(3) Cfr. *Studien des röm. Rechts*, I, 216.

di posto. La clausola restitutoria (si cfr. per es. la formula petitoria) va posta prima che cominci la *condemnatio*; e, infatti, essa costituisce una condizione negativa di essa al pari della *exceptio*. Non a torto pertanto, considerate come facienti parte della formula *in ius*, le sigle NR sembrano tuttora al Lenel dubbie (1), al Pernice anzi addirittura impossibili (2).

V'ha tuttavia una proposta molto ragionevole (3); ed è quella di considerare come spostate le lettere NR, che in origine avrebbero appartenuto alla formula *in factum*, dove in realtà sarebbero state necessarie, non potendosi ritenere implicita siffatta clausola, mancando ogni riferimento alla *bona fides*. Nel qual caso la formula *in factum* avrebbe dovuto leggersi:

« ... eamque dolo malo N.i N.i A.o A.o redditam non esse, nisi restituat, quanti ea res erit ».

Tale congettura non è nè certa nè molto verosimile; ma pur possibile e, come dicevo, ragionevole.

Ad ogni modo, da tutte queste considerazioni risulta quanto la combattuta differenza fra le due formule sia veramente « arbitraria » e inaccettabile. Se mai, la verità sta precisamente al rovescio. Manca ogni clausola restitutoria all' *actio in factum*, se qui non si trasportano le due sigle NR; mentre essa è implicita nella formula *in ius* per ragione della *bona fides*.

In altri scrittori la ragione della duplicità di formula appare meno chiara. Per il Karlowa, per es., la formula in *ius* è la più antica; la formula *in factum* è sopravvenuta per colpire fatti delittuosi del depositario o commodatario (4). Non dissimile è la spiegazione, che già aveva dato il Thon (5). Secondo questo autore, nella formula *in ius* deve assolversi il convenuto, che nè possiede nè per dolo suo si è tolta la « facultas restituendi ». La formula *in factum* sarebbe, quindi, stata introdotta dal pretore per il caso in cui il depositario o commodatario, mentre ancora deteneva la cosa, l' avesse guastata

---

(1) *Edictum perpetuum*, p. 230 [3a ed., p. 288 n. 12].

(2) Cfr. *Labeo*, I, p. 437 n. 49 e *Ztschr. Sav.-St.*, R.A., IX, 228 n. 2.

(3) Keller, *Institutionen*, p. 115 sg. (prima altrimenti: *Litiscont.*, p. 357); Voigt, *Röm. Rechtsg.*, I, 55, p. 621.

(4) *Röm. Rechtsg.*, II, 2, p. 603.

(5) *Ztschr. f. RG.*, II, p. 293.

etc., ovvero per quello in cui la cosa fosse stata bensì resa, ma troppo tardi, con danno del commodante o deponente. Essa, quindi, non avrebbe altra funzione che di colmare le lacune lasciate dalla formula *in ius concepta*.

Siffatta spiegazione riposa sopra un concetto affatto inaccettabile della formula *in ius*. Intanto essa ammette come sicuro che la sigla NR vi appartenga; mentre, quanto ciò sia dubbio, noi abbiamo visto. In secondo luogo, pur leggendosi la formula come si legge nelle recenti edizioni di Gaio, ancora quel significato non ne consegue. La *intentio* ordina al giudice di considerare « quidquid ob eam rem (ossia in seguito al contratto) N.um N.um A.o A.o dare facere oportet ex f. b. » e di dirigervi la condanna: in quella *intentio* è compresa tutta quanta l' efficienza del negozio giuridico. E se anche poi seguisse la clausola « nisi restituat », questa non si dovrebbe intendere nel materiale significato della restituzione della cosa, ma, coerentemente alle cose precedenti, nel senso di un completo soddisfacimento dell' interesse dell'attore. E, infatti, come non si considera *reddita* la cosa restituita in stato non buono per colpa del detentore, così non s' ha da considerar compiuta una restituzione avvenuta con ritardo, senza compenso del danno cagionato da questo (1). Del resto, ognuno vede che siffatta ragione non sarebbe stata in ogni modo sufficiente per introdurre una apposita formula *in factum*. Il pretore avrebbe dato *utiliter* la consueta formula *in ius*, omessa la pretesa clausola restitutoria, se questa fosse stata proprio di ostacolo all' esperimento della giusta domanda dell' attore.

Molto plausibile è invece, a mio avviso, l' opinione di coloro, che stimano essere la formula *in factum* più antica della formula *in ius*; essa si sarebbe in origine riferita specialmente a ottenere la restituzione della cosa data in deposito o commodata. Il transito dalla formula *in factum* a quella *in ius* si spiega pensando allo svolgimento giuridico avvenuto e compiutosi non senza efficacia dalla originaria tutela pretoria; s' era venuta nel frattempo consolidando la consuetudine, elaborando la dot-

(1) Forse che non s' intenderebbero precisamente così nella stessa opinione del THON le parole della formula *in factum* " eamque (rem)... redditam non esse „? Cfr. D. 13, 6, 3, 1. 16, 3, 1, 16; 34.

trina; e ormai bon potea discorrersi di un *oportere* per diritto civile, cui l'istituto s'era rivendicato (1). La, cosa del resto, è tutt'altro che inaudita, come alcuni stimano a torto. Il transito da formule *in factum* a formule *in ius* si compie chiaramente ai tempi dell'impero per i così detti contratti innominati. È un processo che noi possiamo in gran parte seguire tuttavia. I sabiniani (fino a Giuliano e a Gaio) non riconoscevano che un'*actio in factum*; i proculiani trovavano ammissibile un'*actio civilis.* Secondo costoro il principio, che chi avesse prestato avesse pure diritto alla pattuita controprestazione, poteva per opera della giurisprudenza considerarsi come acquisito al diritto civile. La loro opinione prevalse specialmente per l'autorità di Aristone; i giuristi posteriori, che riconoscono l'*actio civilis,* qua e là ammettono l'*actio in factum,* specialmente dove pendono da testi sabiniani e dove il concedere l'una o l'altra azione non conduce a pratiche differenze (2). Perchè un simile svolgimento non si potrebbe ammettere per le azioni di commodato e deposito? Si potrà chiedere perchè mai, nata l'azione più comoda (di buona fede) e più comprensiva (quella *in ius concepta*), si continuasse tuttavia a proporre nell'albo anche l'azione *in factum.* Ma qui pure l'analogia del *praescriptis verbis agere* ci torna opportuna. Perchè mai, si potrebbe chiedere con altrettanta ragione, ammessa che fu generalmente l'*actio civilis* più comprensiva, più comoda e di buona fede, si continuò a menzionare e ad usare l'*actio in factum*? Si può, anzi, invocare tutto quanto il procedimento storico del diritto romano, in cui i vecchi tipi non sogliono abolirsi al sorgere dei nuovi, ma continuano allato a questi finchè per desuetudine vengono meno. Così la formula petitoria non tolse l'*agere per sponsionem*; il riconoscimento giuridico del mandato non tolse subito efficacia al capo II della legge Aquilia; quello del pegno non riuscì ad abolire la fiducia; e così via.

---

(1) Fra i molti sostenitori di questa dottrina cfr. specialmente WLASSAK, *Negotiorum gestio*, p. 165 sgg. (cfr. *Röm. Processgesetze*, II, p. 102 n. 27 e § 39); KRUEGER, *Gesch. der Quellen*, p. 44; e, a quanto parmi, VOIGT, *Röm. RG.*, I, 621 sgg.: da ultimo GIRARD, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XIV, 16.

(2) Cfr. su questo punto la magistrale trattazione del PERNICE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., IX, pp. 248-260.

Con tale spiegazione si conciliano molto bene alcuni altri fatti. Com'è noto (D. 13, 6, 1 pr.), v'era nell'Editto pretorio una clausola relativa alla tutela giudiziaria del commodato; ciò che ben si adatta all'ipotesi di un'azione (*in factum*) di creazione pretoria, alla quale solo più tardi si sorebbe aggiunta la formula in *ius*. Anche per il deposito v'è la clausola edittale; ma per questa sarebbero possibili anche altre spiegazioni. Si avverta, poi, che la clausola edittale non si adatta che al-l'azione diretta (cui solo si riferiva la formula *in factum*). A ciò si aggiunge un fatto a mio avviso certissimo, ed è che nel-l'albo le formule *in factum* precedevano le formule *in ius*: il che significa appunto che queste ultime sono formazioni posteriori e che non sono quelle destinate a complemento o supplemento di queste. La dimostrazione di tale asserto mi par facile. I Digesti di Giustiniano ci danno la teoria delle azioni di commodato e di deposito anzitutto con frammenti dei commentarii edittali relativi alla formula *in factum*. Il che non si spiega, se non ammettendo che appunto tale formula precedesse quella *in ius* e però venisse dai commentatori più largamente esplicata: mentre gli stessi, commentando la successiva formula *in ius*, potevano in gran parte rinviare alla precedente spiegazione, tanto più che la prassi e la giurisprudenza avranno naturalmente attenuato la diversità delle conseguenze (1).

---

(1) Non forse, però, quanto si crede. Alludo specialmente a D. 16, 3, 1, 23: " hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet ". Già WLASSAK (*Neg. gest.*, p. 165) ha riferito la frase alla formula *in factum*: " Ulpians Äusserung dokumentirt nur die fortschreitende Ausgleichung beider Rechtsmittel ". Cfr. LENEL, *E. P.*, p. 231. Ma la frase potrebbe essere in qualche modo stata rabberciata dai compilatori (dicendo probabilmente il contrario di quanto stava scritto in origine), giacchè ai loro tempi sicuramente dal deposito non scendeva che un solo rimedio informato alla buona fede. Del resto, che il § 23 sia interpolato, è molto probabile; giacchè i classici non sogliono dire " actio bonae fidei ", ma " iudicium bonae fidei ": GRADENWITZ, *Interpol.*, p. 105; cfr. LENEL, *Zeitschr. der Sav.-St.*, R.A., IX, p. 180. Nella *Paling.* (II, 614) il LENEL dubitivamente riferisce il passo all'*intentio* della formula *in ius concepta*. Il FADDA, nelle note al WINDSCHEID (vol. I, parte 1a, p. 691 sg.), riferisce il passo al commento alla formula *in ius* e lo stima genuino. Quanto poi dice Ulpiano nel D. 13, 6, 3, 2: " in hac actione, sicut in ceteris bonae fidei iudiciis etc. " è certo trasferito dal relativo commento alla formula *in ius*. Varie sono infatti le singolarità di questo testo. Come

E parimenti si accorda benissimo con tale spiegazione il fatto che nei vari cataloghi di giudizi di buona fede, che troviamo in Cicerone, non compaiono mai le azioni di commodato e deposito. Il che si comprende facilmente ammettendo che ai suoi tempi non si conoscesse che la formula *in factum*, priva di ogni menzione di *bona fides*.

Cfr. *de off.* 3, 17, 70:

« Quintus quoque Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat [1] in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona, fideique bonae* nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis rebus emptis venditis conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret ».

top. 10, 42:

« Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit.... ».

ib. 17, 66:

« In omnibus igitur his iudiciis, in quibus *ex fide bona* est additum, ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier oportet*, imprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est *quod eius melius aequius* .... quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt ».

---

mai c'entra l'accenno ai giudizii *stricti iuris*? E come si spiega il " quamvis „ che lo precede? In origine dovette essere scritto a un dipresso così: " In hac formula, quae in ius concepta est, sicuti in ceteris bonae fidei iudiciis... rei iudicandae tempus, quanti res sit, spectatur; quamvis in ea formula, quae in factum concepta est, litis contestatae tempus spectetur „. Così l'accenno ai *iudicia stricti iuris* e l'apposizione del *quamvis* si spiegano benissimo.

[1] Credo anch'io con il KRUEGER (*Ztschr. d. Sav.-St.*, R.A., XI, p. 196) che non si tratti di una citazione presa dal *ius civile* di Q. Mucio (come pensa il KARLOWA, *Röm. Civilpr.*, p. 129 n. 1), ma di una reminiscenza di insegnamenti oralmente espressi dal grande maestro.

de nat. deor. 3, 30, 74:

« .... inde tot iudicia de fide mala: tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto vendito, locato et conducto contra fidem fiunt ».

Si è osservato che siffatte enumerazioni non hanno la pretesa di essere esaurienti; che pertanto ben potevano esistere altri *iudicia* di buona fede da Cicerone non mentovati (1). Ma, se tale osservazione è giusta per i singoli passi citati (2), non lo è invece per il loro complesso. Infatti, se Cicerone omette nel *de officiis* l' *actio rei uxoriae* e quella *negotiorum gestorum*, le ricorda però nei *Topica* (17, 66): se nei *Topica* omette i giudizi di compravendita e locazione-conduzione, li ricorda però nel *de officiis*; ben strano sarebbe che, esistendo davvero *iudicia ex fide bona* per il commodato e il deposito, egli ne tacesse affatto pur là, dove la grandissima analogia con gli altri negozi addotti non avrebbe potuto a meno di richiamarli alla mente. Ciò rende molto verosimile che tanto meno esistessero le azioni contrarie di commodato e deposito (pur prescindendo da qualsiasi opinione circa l' esistenza delle formule *in ius conceptae*), come non esisteva l' *actio contraria negotiorum gestorum*. E per vero il gestore si assume ordinariamente spese e brighe per l' adempimento della sua impresa: mentre è solo in via eccezionale che il depositario o il commodatario possono avere pretese da esperire contro il deponente o il commodante. Urgeva inoltre per la *negotiorum gestio* l' analogia del mandato; qui mancavano analogie.

Grave parrebbe l' altra obbiezione del Karlowa, il quale si richiama alla testimonianza di giuristi anteriori o coevi a Cicerone, che attesterebbero il carattere di *bona fides* delle azioni di commodato e di deposito.

Anzitutto verrebbe D. 13, 6, 5, 3:

« Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam ».

---

(1) Accarias, *Précis*, II4, 795: " Cicéron n'a pas la prétention de donner des énumérations limitatives "; Karlowa, *Röm. RG.*, II, p. 603.

(2) Per il passo del *de officiis*, cfr. anche Krueger, loc. cit., p. 197.

Io non so che cosa da questa sentenza di Q. Mucio si possa ricavare contro la dottrina da noi accettata. La questione circa la misura della responsabilità del commodatario è affatto indipendente dal carattere di buona fede del giudizio. Forsechè non si considera come *non reddita* la cosa per colpa di lui guasta o sfigurata od offerta con colpevole ritardo? Nè reca alcuna difficoltà che di tali considerazioni di Q. Mucio si valesse Ulpiano nel commentare la formula *in ius* (a cui sembra in realtà riferirsi il D. 13, 6, 5, 2–10). Forse tutto dipende da ciò, che il Karlowa crede che si contenessero nella formula *in factum* del commodato le stesse parole che si leggono in quella del deposito « eamque dolo malo N.ⁱ N.ⁱ A.º A.º redditam non esse » (Gai. 4, 47) (1). Ma, evidentemente, a torto. La formula del deposito conteneva tale espressione, chè per tal contratto *dolus praestatur solus;* ma nulla ci insegna che tale espressione si contenesse nella formula del commodato; anzi la lettura dei relativi commenti c' insegna l' opposto. Gaio dice « *similes* etiam commodati formulae sunt »; ossia similmente formate, ma non uguali, avendosi naturalmente riguardo alla diversa natura del rapporto contrattuale. Per cui qui si sarà detto solamente « eamque a N.º N.º A.º A.º redditam non esse » (2).

Analoghe riflessioni vanno fatte per il gruppo di decisioni dei *veteres* raccolte nello stesso frammento di Ulpiano, che riguardano tutte l' obbligo di prestare la diligenza o la custodia. Tali decisioni sono appunto necessarie per pronunciare se si abbia a considerare la cosa come *non reddita* o invece come casualmente perita. Uguali riflessioni si fanno, quando taluno abbia promesso *Stichum hominem dare,* per quanto in tale materia la colpa si specifichi *in faciendo.* Così § 6: « an etiam hominis commodati custodia praestetur apud veteres dubitatum est »; § 7: « si servum tibi tectorem commodavero et de ma-

---

(1) Donde probabilmente anche la sua idea, che con le formole *in factum* si reprimesse un delitto, anzichè si esperisse un credito contrattuale.

(2) Non già " eamque culpa N.ⁱ N.ⁱ redditam non esse ", chè allora la questione sarebbe stata risolta. Ubbelohde (*Zur Gesch. der ben. Realcontr.*, p. 64 sg.) crede che la formula *in factum* suonasse appunto così e fosse quindi tuttora ignota a Q. Mucio, il cui avviso andrebbe riferito all' ipotesi di una fiducia contratta a tale scopo. Cfr. anche Lenel, *E. P.*, p. 200 [3ª ed., 252].

china ceciderit, periculum meum esse Namusa ait »; § 9: « etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt ». E neppure il cenno ai dubbi dei *veteres* nel § 11 implica comunque riconoscimento del carattere di buona fede del giudizio.

Possiamo, dunque, ritenere ciò che molti argomenti persuadono, e niuna seria obbiezione rende inverosimile: che, cioè, in origine il contratto fosse tutelato con un' *actio in factum* (diretta) e che solo relativamente tardi (sul finir della repubblica o sul principio dell' impero) venisse più ampiamente tutelato mercè la doppia formula (diretta e contraria) *in ius*, senza che perciò tramontasse l' antica formula *in factum*. In quale epoca precisamente avvenisse tale riconoscimento del contratto da parte del *ius civile*, non possiamo dire con sicurezza. È certo però che Labeone conosce (come vedremo anche in seguito) e la *formula in ius* e il *contrarium iudicium*. D' altra parte sappiamo che la legge Giulia municipale (l. 111) non conosceva ancora l' *actio depositi* come infamante; nè sarebbe temeraria la supposizione che questo contratto (la cui storia è talmente connessa con quella del commodato, da potersi dalle vicende dell' uno arguire quelle dell' altro) non fosse al tempo di quella legge ancor tutelato con l' azione civile. Infatti sembra probabile che la conseguenza dell' infamia si rannodasse al fondamento civile riconosciuto all' azione; come è per tutti gli altri negozi giuridici, di cui le neglette esigenze adducono l' infamia [1].

Meno facile è dire quando il pretore cominciasse a occuparsi del nostro contratto e a munirlo di azione *in factum*. Qui più ancora siamo privi di ogni appiglio, ed è meschina consolazione il poter dire che ciò non potè essere prima della

---

[1] Disputatissima è l' *actio in duplum ex causa depositi* risalente alle XII tavole secondo Paolo, 2, 13, 11. C' è chi pensa a un comune deposito: HEINECCIUS, *Antiq.*, 3, 15, n. 31, e in genere i vecchi; HUSCHKE, *Ztschr. für gesch. RW.*, XIII, 276; RUDORFF, *ibid.*, XIV, 460. Altri pensa alla " fiducia cum amico ": PUCHTA, *Inst.*, 2, § 272, n. *r*; VOIGT, *I. N.*, II, 541 e *XII Taf.*, II, 479 sg.; cfr. DEMELIUS, *Ztschr. f. RG.*, II, 224. Altri al furto commesso dal depositario infedele: JHERING, *Geist*, II, § 29, n. 127. UBBELOHDE viene avanti con la singolare sua teoria di un'*actio perfidiae* (*Zur Gesch. der ben. Realc.*, p. 42 sgg.). Il NIEMEYER pensa al deposito fatto in caso di urgente necessità (*Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XII, 300).

legge Ebuzia; prima, anzi, che la procedura formulare acquistasse una certa indipendenza, non potendosi ritenere che le formule *in factum*, che prescindono da ogni fondamento (sia pur mendicato con finzione o scambio di subbietti) di diritto civile, fossero tra le prime creazioni formulari. Tale nostra asserzione, che del resto ha a suo favore la *communis opinio*, va direttamente contro i recentissimi insegnamenti del Wlassak [1], secondo il quale le pretorie *actiones in factum* vi sarebbero già state in Roma al tempo delle *legis actiones* [2]. Egli stesso però riconosce che esse non poterono svilupparsi molto tempo prima delle leggi processuali, che eressero a sistema la formula. A mio avviso contro tale opinione può addursi l'esistenza e la forma degli interdetti, donde si deduce che anticamente il pretore non trovava così agevole e spedito introdurre un rimedio giuridico dove la legge taceva.

Del resto, noi non troviamo alcun documento che la tutela giuridica del commodato (e lo stesso dicasi del deposito) risalga molto addietro nella storia del diritto romano. Ciò non vien punto provato, come crede il Karlowa [3], dall'espressione, certo antica e usata al tempo delle *legis actiones*, *utendum dare* per *commodare* (come *servandum dare* per *deponere*). Tale espressione pare al Karlowa tanto esatta e tecnica, da doversi attribuirne la origine non all'uso popolare, ma alla scienza del diritto. Ora, noi dimostreremo che tale espressione è ben lontana dal rigore scientifico e che è assai preferibile l'altra *commodare*. Ciò può provarsi con la testimonianza degli scrittori.

I comici, e soprattutto Plauto [4], parlano in più luoghi del *commodato*, ma sempre come di un rapporto di benevolenza e di amicizia; anzi le menzioni, che appunto in Plauto si trovano, del grave pericolo che si corre dando a prestito, mostrano che non si pensa affatto a un vero rapporto giuridico ed alla conseguente tutela.

---

(1) *Processgesetze*, II, § 39.

(2) Cfr. ESMEIN, *Sur l'actio rei uxoriae* in *Nouvelle rev. hist. de droit*, 1893.

(3) Loc. cit., II, p. 603.

(4) COSTA, *Il diritto romano nelle commedie di Plauto*, p. 306 sgg.; *Il diritto romano nelle commedie di Terenzio*, p. 79.

Cfr. Plauto, *Asin.* 2, 4, 38-9:

> scyphos quos utendos dedi Philodamo rettulitne?
> em! rem sis perdere. da commoda homini amico.

Aulul. 1, 2, 18:

> quae utenda semper vasa vicini rogant.
> fures venisse atque abstulisse dicito.

Terenzio, *Hecyr.* 5, 1, 34:

> meritus de me est. quod queam illi ut commodem.

Solo potrebbe fare difficoltà il noto verso del *Trinummus*, 5, 2, 7:

> quod datum utendumst, repetendi id copiast quando velis.

da cui parrebbe dedursi che ai tempi plautini sempre si potesse ripetere il commodato (1). Ma, benchè il Costa riferisca appunto il passo al commodato (2), pure mi sembra innegabile che si tratti di un deposito (3): è infatti stato confidato il tesoro. Tale singolare confusione nel modo di esprimersi (4) già prova che siamo ben lontani dalla ipotesi, che il poeta pensi a un vero istituto giuridico e alla relativa azione: ad ogni modo per il deposito, di cui si tratta, le XII tavole davano per la negata restituzione un' *actio in duplum* (5).

Catone (6), raccomandando di aver poche e fidate persone, con cui mantenere scambievoli rapporti per i necessari prestiti di uso, non contribuisce a persuadere che ai suoi tempi tale contratto godesse tutela giuridica (7).

---

(1) PERNICE. *Labeo.* I. p. 450.

(2) *Plauto.* p. 315.

(3) DEMELIUS. *Ztschr. f. RG.*, II, 223 (*Plaut. Studien*, 3). Cfr. PERNICE. loc. cit.

(4) Altrove *commodare* sta in Plauto per *mutuare: Asin.*, 3, 3, 135.

(5) Cfr. DEMELIUS. loc. cit. Ma la confusione fra i vari istituti è abbastanza frequente nei greci.

(6) *de a. c.*, 5, 7. Avvertasi bene: io non dico che ciò provi non esservi stata ai tempi di Catone azione per tal negozio: dico che non prova che tale azione esistesse. E ciò, per gli argomenti suesposti, a me basta.

(7) Le singolari confusioni dei vecchi romanisti appaiono tuttora nel GLÜCK. *Ausf. Erläuterung.* XIII. p. 427.

Chi legge senza prevenzione il D. 13, 6, 1, 1 (Ulp. 28 *ad Ed.*), ne deduce che autore primo dell'editto intorno al commodato dovette essere un pretore Paconio. Ecco infatti le parole del giurista:

« Ait praetor: 'quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo'. § 1 .... unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit (cioè Giuliano) commodati fecit mentionem, quum Paconius utendi fecit mentionem ».

Ora, Paconio nominato in contrapposto al redattore del testo edittale definitivo, che stava davanti al commentatore, non può essere altri che un pretore, e tutto fa credere che sia il primo, che introdusse nell'Editto una clausola sull'argomento [1]. La quale, secondo la notizia ulpianea, dev'essere stata concepita a un dipresso così: « quod quis utendum dedisse dicetur, de eo iudicium dabo ». Questa opinione ha per sè l'autorità del Rudorff [2] e, recentemente, del Voigt [3], il quale bene avverte che un pretore Paconio (— unio ?, — uvio ?) non è storicamente determinabile.

Se fosse Giuliano il primo a mutare l'espressione *utendum dare* in *commodare* o se egli in ciò seguisse l'esempio di qualche pretore, non possiamo dire con sicurezza; la prima alternativa mi sembra però più verosimile, poichè ancora nell'età traianea (Viviano) si discuteva circa l'equipollenza delle due espressioni. Labeone ancora giustificava l'espressione adoperata dall'Editto (in confronto della voce *commodare* ormai prevalente nell'uso), avvertendo, benchè a torto, che quella fosse più generale e comprendesse, a differenza della seconda, anche l'uso degli immobili. Tale spiegazione fu giustamente combattuta (fra gli altri da Cassio e da Viviano); infatti noi troviamo già nei migliori scrittori repubblicani la voce *commodare* riferita agli immobili, per es. *Auct. ad Her.* 4, 51, 64:

---

[1] Ad altro risultato perviene il PERNICE, *Labeo*, I, 429 n. 22, dove crede che Paconio fosse uno scrittore, che mentovasse l'espressione " utendum dare „ *als aus dem Edicte stammend.* Ciò invero a me basterebbe; ma non parmi conciliabile con le parole di Ulpiano.

[2] *Ed perp.*, § 99, 1. Il RUDORFF argomenta però male circa la persona del pretore.

[3] *Röm. RG.*, I, § 45.

« ait se aedes maximas cuidam amico .... *commodasse* ». E, vinto per l'autorità di Viviano questo dubbio, ben potè nella definitiva redazione dell' Editto sostituirsi alla vecchia espressione *utendum dare* quella ormai prevalente di *commodare*. Tale storia della clausola edittale mi sembra dedursi abbastanza sicuramente dal citato D. 13, 6, 1, 1, nè io so trovare la esposizione ulpianea così oscura e confusa, come al Pernice pare (1).

Solo non comprendo come mai il Voigt (2), che a mio avviso meglio di ogni altro ha colto il vero significato dell'esposizione ulpianea, riferisca il mutamento di *utendum dedisse* in *commodasse* ad una revisione del tempo di Augusto. Le osservazioni di Labeone, da noi surriferite e commentate, non provano ciò in alcun modo; provano anzi, se io ben veggo, il contrario. Labeone in tale ipotesi non avrebbe interpretato strettamente l' Editto, privando di tutela giuridica molti casi, che a suo avviso non si comprendevano nell'espressione *commodare*.

Ma la più infelice dichiarazione del testo ulpianeo è sicuramente quella del Karlowa (3). A suo avviso, la contrapposizione fra *Paconius* e *qui edictum concepit* fa ritenere che il primo fosse un commentatore dell' Editto; e anzi non gli pare temerario il supporre che vi sia qui una corruttela e che si abbia da leggere *Pomponius*, il commentatore tanto adoperato da Ulpiano. Ma io ben comprendo che il giurista faccia confronti fra l' una e l'altra redazione dell'Editto (come appunto fa in altri casi, cfr. D. 4, 2, 1); non comprendo come mai faccia confronti fra il testo edittale e le espressioni usate nella dilucidazione di esso da un commentatore. La corruttela poi di *Pomponius* in *Paconius* (la Flor. ha *Pacunius*) è tutt' altro che verosimile: *Pomponius* era un nome notissimo agli scrittori delle opere di Ulpiano e delle Pandette; mentre *Paconius* è nome, che occorre tutt'al più una sola volta in queste ultime (4). Ora tutti sanno che facilmente un nome proprio meno noto si

---

(1) *Labeo,* I, 429.

(2) Loc. cit., n. 26.

(3) *Röm. RG.,* II, p. 601.

(4) D. 37, 12, 3: Paul. 8 *ad Pl.* Anche qui si è sospettata una corruttela (cfr. KARLOWA, *Röm. RG.*, I, p. 704). Ad ogni modo non v'ha alcun indizio che il *Paconius* citato da Paolo fosse un commentatore dell' Editto.

altera in uno più noto (poichè gli scrittori semidotti pensano di correggere un errore); ma non viceversa.

Che, del resto, l'originaria redazione edittale dovesse dire *utendum dedisse* e non *commodasse,* è ben credibile, quando nel linguaggio del tempo in cui la clausola edittale dovette introdursi prevaleva di gran lunga la prima espressione alla seconda: per esempio Ennio fr. 364 (Vahlen); Plauto, *Asin.* 2, 4, 38; *Aul.* 1, 2, 18. 2, 4, 32. 2, 9, 3; *Curc.* 5, 2, 5; *Men.* 4, 2, 94. 96; *Mil. gl.* 2, 3, 76; *Rud.* 3, 1, 10; Cato *de a. c.* 5, 7 etc. Lo stesso provano le tracce del linguaggio dei più antichi giuristi (1).

Di ciò conviene lo stesso Karlowa, il quale anzi opina che l'espressione *utendum dare* (come *servandum dare* rispetto a *deponere*) fosse molto migliore dell'altra *commodare.* In *utendum dare,* scrive il Karlowa, sono ben rilevati i due momenti necessari alla giuridica consistenza del contratto: il momento causale nel gerundio, che serve a indicare lo scopo dell'azione, e l'attuazione di esso nel *dare.* Perchè mai tale espressione così esatta e felice dovette cedere il posto all'altra *commodare,* assai meno precisa? La spiegazione del K. è così strana, che merita di essere riferita. Quando il pretore più tardi, accanto alla preesistente formula *in ius*, introdusse quella *in factum,* destinata a colpire atti delittuosi del commodatario (naturalmente secondo le idee del K., che noi abbiamo già respinte), egli dovette temere che, usando nella *intentio* la frase *utendum dedisse,* il giudice credesse di dovere decidere secondo le norme del *ius civile* e di dovere applicare qui (in materia di delitto) le norme sulla capacità giuridica contrattuale, sulla trasmissibilità ereditaria etc. Quindi il pretore inserì nella *intentio* la voce *commodasse.* Più tardi, fissati i concetti e tolto il pericolo di equivoco, la più breve e comoda espressione *commodare* si sostituì senz'altro a quella più esatta, ma meno spiccia, *utendum dare.*

Per tacere delle molte altre inverosimiglianze, che già avrà rilevate l'accorto lettore, non possiamo a meno di notare che proprio il fondamento di tutta la congettura, la pretesa preci-

---

(1) Cfr. Bruto e Q. Mucio, apud Gell., *N. A.*, 6 (7). 15.

sione ed esattezza scientifica dell' espressione ***utendum dare***, non si regge affatto. Che si tratti di una espressione, che deve la sua origine all' uso popolare e non all' opera della giurisprudenza, si prova anche con il confronto di molte espressioni simili, che non si riferiscouo per nulla a determinati negozi giuridici, come per es. ***vendendum dare*** (1), ***spectandum dare*** (2) etc. Inoltre il gerundio ***utendum*** è tutt' altro che una designazione molto precisa dello scopo del contratto. Per lo meno l'***uti*** non specifica il negozio: non lo distingue dal precario, non da altri atti giuridici; anzi, neppure dal mutuo, giacchè qui pure si dà *rem utendam*, e dipende dalla natura della cosa che l' *usus* si converta necessariamente nell' *abusus*. Così (per tacere ora delle testimonianze dei giuristi) (3) Plauto (4) discorre di *nummos dare utendos mutuos*; e dice (5) ***utendam da*** una cosa da vendersi. Per tali considerazioni trovo che male non si appone il Demelius, quando osserva che ***utendum dare*** « passt .... auf ein ganz ungeschäftsmässiges, juristischer Tragweite entbehrendes Verstatten zum Gebrauch » (6).

Possiamo ora chiederci, se prima che iniziasse la tutela del commodato per opera del pretore (mediante la formula *in factum*), e quindi al tempo dell' esclusivo uso delle *legis actiones*, vi fosse qualche mezzo per fornire di azione la sostanza almeno del negozio. Tale problema ci conduce naturalmente all' altro, se la *fiducia cum amico contracta* avesse mai in Roma la stessa funzione del commodato e se quindi agli scopi di questo negozio potesse essere adibita dalle parti. La comune opinione risponde che sì: « es ist ja schon oft genug ausgesprochen » (7). E, per vero, alle osservazioni di romanisti autorevolissimi venivano ad aggiungere singolare rinforzo gli

---

(1) Plaut., *Poen.*, 5, 2, 58.

(2) *Poen.*. 1, 2, 125; *Pers.*, 3, 3, 35 etc.

(3) Su di esse vedi il Cap. II.

(4) *Pers.*, 1, 3, 38.

(5) *Ibid.*, 47.

(6) *Ztschr. f. RG.*, II, 222. Anche il PERNICE, *Labeo*, I, 429 osserva che qui *uti* " in allerumfassendsten Sinne genommen wurde ". Del resto, il già ricordato verso del Trinummo, 5, 2, 6, ove *utendum dare* si riferisce ad un deposito, contribuisce a dimostrare la grande indeterminatezza della espressione.

(7) PERNICE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., IX, p. 227 n. 6.

studi del Lenel [1]. In questi ultimi tempi, però, contro tale comune dottrina fu rivolto un attacco poderoso [2], del quale l'odierna letteratura sull'argomento ha dovuto occuparsi [3]. Generalmente le conclusioni di tali studi non furono molto favorevoli ai risultati dello Heck [4]; il che però non ci dispensa dal dovere di esaminare brevemente la questione.

L'unica diretta informazione (per tacere ora della tarda testimonianza di Boezio *ad top.* 41) intorno alla *fiducia cum amico* è quella che ci porge Gaio 2, 60:

« Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, *quo* tutius nostrae res apud eum *sint. et* siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit; nondum vero soluta, ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usucapio competit ».

Da questo passo appare chiaramente che accanto alla fiducia *cum creditore*, servente alla stessa funzione cui è destinato il pegno, vi era una *fiducia cum amico*, avente diverso scopo e funzione. Invano, parmi, viene ciò negato dallo Heck. L'arguto giurista avverte che il palinsesto gaiano non ha *quo-sint* ma *quod-essent*, e l'ordinaria correzione, accolta ormai in tutte le edizioni, sembra a lui inopportuna e arbitraria. Intanto a me non pare così capricciosa; poichè *quod* per *quo* sta altre volte nel palinsesto [5] nè ad *essent* vien sostituito il solo *sint*, ma *sint et*: la mancanza dell'*et*, evidentemente necessario a compiere la frase successiva, mostra appunto che qui un errore

---

[1] Riassunti in *E. P.*, p. 233 [3ª ed., 291]: cfr. *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., 3, 105 sgg. Cfr., del resto, UBBELOHDE, *Zur Gesch. der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species*, p. 55 sgg.; VOIGT, *Ius naturale*, II, 450 sg., e *Die zwölf Tafeln*, II, 173.

[2] HECK, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., X, p. 115 sgg.

[3] NIEMEYER, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XII, 299 sg.; OERTMANN, *Die fiducia*, 1890; JACQUELIN, *La fiducie*, 1891; PERNICE, *Labeo*, III, 1, 136 sgg.; GOEPPERT, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XIII, 388 sgg.

[4] Cfr. però KARLOWA, *Röm. RG.*, II, p. 569 sg., e, in parte, lo stesso NIEMEYER, op. cit., p. 313 sgg.

[5] Cfr. l'*Apographum* di STUDEMUND, p. 306.

dell'amanuense intervenne. Del resto, la correzione è di mera forma: si tratta di sostituire buon latino al latino cattivo; ma rispetto al significato non so trovarci la differenza, che Heck suppone. Il *quod-essent* significherebbe l'intenzione e l'opinione del fiduciante; il *quo-sint* lo scopo del negozio (1). Il medesimo Heck crede che ambe le forme della fiducia abbiano lo scopo e la funzione medesima; nella prima la cosa si manciperebbe al creditore stesso, nella seconda a un terzo, che meglio goda la confidenza del debitore, che deterrebbe la cosa a sicurezza e nell'interesse del creditore. Ora, di fronte a questa congettura, per quanto geniale e magistralmente esposta (2), le obbiezioni si presentano veramente in folla. Le parole *pignoris iure* si riferiscono evidentemente alla sola *fiducia cum creditore;* la *fiducia cum amico* si contrappone a questa e la sua diversa funzione viene appunto espressa nelle parole che seguono: *quo-sint.* Inoltre questo *amicus* del debitore in tanto col ricevere la cosa appresta una garanzia al creditore, in quanto costui pone in esso di fatto la sua confidenza; l'*amicus* può, del resto, remancipare la cosa al debitore o lasciargliela in qualsiasi modo *usurecipere,* senza che il creditore possa opporsi. È un rapporto meramente di fatto, una confidenza che riposa sull'amicizia, che verrebbe a intercedere tra il fiduciario e il creditore. Con ciò tutta quanta la sostanza del *pignoris ius* si dilegua: come mai avrebbe potuto Gaio parlare di questo negozio come di una sottospecie della *fiducia iure pignoris?* Nè può supporsi che qui il creditore (che non interviene nel negozio fiduciario) (3) acquisti diritti in forza di una *res inter alios acta;* ciò ripugna a tutto quanto noi sappiamo: cfr. soprattutto D. 50, 17, 73, 4 (Mucius ὅρων). Se anche tutto ciò potesse ammettersi, resterebbe pur sempre un insuperabile ostacolo nella differenza di trattamento della *usureceptio;* la quale ben si spiega con la comune opinione, ma rimane affatto enigmatica, data la

---

(1) Cfr. NIEMEYER, loc. cit., p. 300 sg.; PERNICE, *Labeo,* l. c., p. 135 n. 2.

(2) È notevole soprattutto il richiamo a D. 13, 7, 34; 39. Cfr. in proposito il NIEMEYER, p. 304 sgg.

(3) Infatti il *pactum fiduciae* riceve il suo valore dall'essere appoggiato alla *mancipatio*, e non può quindi aver luogo che fra le persone intervenienti a questa. Cfr. da ultimo PERNICE, loc. cit., p. 120 sgg.

teoria dello Heck ([1]). Nel fatto poi noi sappiamo che la fiducia era adoperata a tutt' altra funzione, che non fosse quella indicata con l' espressione *iure pignoris:* si pensi alla *emancipatio fiduciae causa* dei figli di famiglia, alla *coemptio fiduciae causa* etc. Nè importa che qui si tratti di libera persona; ciò, anzi, può meglio servire a dimostrare quale varietà di scopi potesse trovare mercè la fiducia il proprio soddisfacimento; del resto, le espressioni usate dai giuristi provano che era proprio lo stesso negozio, cui si pensava: cfr. Gai. 1, 114 con Gai. 2, 59; 220. 3, 201 ([2]). Un altro esempio ci è porto chiarissimo dalla *Collatio* 2, 3 ([3]). Ivi troviamo la fiducia applicata a un caso di *noxae deditio,* non avente necessariamente e neppur di consueto per obbietto una libera persona. Dalla molesta testimonianza cerca lo Heck di liberarsi, osservando che « die noxae deditio auf Zeit lässt sich als Pfandsicherung auffassen ». Al che è facile rispondere (anzi ripetere la risposta già data) che, al contrario, le due cose sono diversissime: il pegno serve a garentire una obbligazione tuttora pendente; la *noxae deditio* ad estinguere una obbligazione scaduta ed esigibile.

Di fronte ai più recenti studi sulle interpolazioni riesce impossibile negare la *mancipatio fiduciae causa* allo scopo di manumissione ([4]). I compilatori hanno sostituito il mandato alla fiducia; non male, date le condizioni del diritto giustinianeo. Ora, questa innegabile applicazione della fiducia basta a rovesciare tutto l' edificio dello Heck, e a confermare la comune opinione circa il significato della *fiducia cum amico.*

Per ultimo non si può del tutto tacere del commento di Boezio ai *Topica,* 41 (p. 340). È facile respingere tale testimonianza, dicendo che Boezio non è autorità attendibile per istituti giuridici tramontati al suo tempo. Tale notizia, che mirabilmente coincide con la interpretazione data dalla *communis opinio* al testo di Gaio (2, 60) ([5]), non può essere stata da lui

---

([1]) Oertmann, *Die fiducia,* p. 150 sg.

([2]) Niemeyer, p. 308.

([3]) Oertmann, loc. cit., p. 159.

([4]) Cfr. Lenel, *Ztschr. der Sav.-St.,* R.A., III, 104 sgg., 177 sgg.; *ibid.,* IX, 182; Gradenwitz, *Ztschr. f. Privat-u. öff. Recht,* XVIII, 347 sgg.; Pernice, *Labeo,* III, 1, p. 128 sgg.

([5]) Cfr. Dirksen, *Abhandl. der Berliner Akad.,* 1851, p. 97; Heck, loc. cit., p. 114.

inventata, e, se egli aveva davanti agli occhi il testo gaiano, resta per lo meno fermo che questo ai suoi tempi s' intendeva come noi lo intendiamo, ed è già qualche cosa.

Assodata l'esistenza di una *fiducia cum amico*, avente proprio scopo affatto diverso da quello di garentire una obbligazione esistente, ancora non è detto che tale fiducia potesse servire alla funzione del commodato. I compianti e benemeriti maestri, che lavorarono alla ricostruzione storica del diritto romano in seguito alla scoperta di Gaio, hanno per verità pensato subito a tale applicazione della fiducia (1). E può dirsi che l' insegnamento loro continuò pacificamente à tramandarsi, finchè recentemente sorsero voci discordi; fu questo il vero frutto dell' attacco dello Heck. Poichè il nuovo esame della questione e dei testi, che fu risvegliato dalle sue osservazioni, spinse taluno ad accettare in questa parte le sue idee. L' impiego della fiducia ai fini del deposito è molto dubbia al Niemeyer (che ne contesta non tanto la possibilità teorica, quanto la pratica attuazione) (2); quello, poi, della fiducia ai fini del commodato è da lui recisamente negato. La ragione precipua di tale negazione (3) si è che Gaio (2, 60) dice chiaro che la *fiducia cum amico* si contrae *quo tutius nostrae res apud eum sint*: allo scopo, cioè, di conseguire maggiore sicurezza (o di fatto o di diritto) e insomma un vantaggio per il mancipante. Ora, se la fiducia si contraesse ai fini del commodato, l' interesse del negozio sarebbe per il fiduciario e non per il fiduciante; l' espressione gaiana *quo tutius res nostrae apud eum sint* non si adatterebbe più all' ipotesi. Tali osservazioni si trovano anche nel Karlowa (4), che dice: Gaio almeno non ha conosciuto la possibilità di un' applicazione della fiducia ad un simile scopo, giacchè egli non adduce le due applicazioni della fiducia *iure pignoris* e *quo tutius res sint*, come esempii, con un *velut*; ma come le due uniche possibilità, con un *aut aut*. Così non si esprime chi sa essere possibili altre diverse applicazioni. Non vi ha dubbio che tali affermazioni abbiano

(1) Cfr., per es., Huschke, *Ztschr. f. g. RW.*, XIV, 231.
(2) Cfr. loc. cit., p. 313.
(3) Op. cit., p. 299.
(4) *Röm. Rechtsgeschichte,* II, p. 569.

una certa forza. Ma credo che così s' interpreti troppo rigorosamente il concetto del giurista. Intendiamoci: la fiducia per sè non è un pegno, nè un deposito, nè un mandato etc., nè è la rivestizione formale di tali contratti (1): è un negozio per sè stante, avente propria configurazione, struttura ed efficacia, la cui applicazione, però, può servire a molteplici scopi pratici. La diversità di tali scopi pratici raggiunti dall' applicazione della fiducia non potè in parte non influire su talune regole relative; e all' uopo si distinsero due grandi categorie, specialmente in vista della *usureceptio*. La prima categoria è costituita dai casi, in cui taluno dà in fiducia la cosa ad un creditore per assicurare l' obbligazione; l' altra è quella, in cui, non per esigenza di creditore, ma per rapporti di benevolenza e amicizia la cosa viene temporaneamente data in fiducia a taluno (singolare la designazione di *amicus* in confronto a *creditor!*) per altro fine. Noi possiamo immaginare varie ragioni, per cui tale giuridico negozio si facesse con l' *amicus;* ma queste varie ragioni non potevano influire sulla validità, o meno, di esso, giacchè nel *pactum fiduciae* le parti erano libere di stabilire le modalità che volevano circa la *remancipatio*, il contegno del fiduciario etc. Si comprende, del resto, che il motivo prevalente doveva essere quello di valersi dell' opera del fiduciario per qualche effetto relativo alla cosa (custodia, manumissione etc.), che il fiduciante per qualche circostanza non poteva o non voleva raggiungere personalmente e che credeva si raggiungesse più sicuramente per mezzo del fiduciario; ma anche là, dove il vero fine del negozio fosse stato di procurare qualche vantaggio al fiduciario, determinante doveva sempre essere la confidenza che il fiduciante aveva in lui, la sicurezza che egli avrebbe osservato i limiti della facoltà conferitagli. Per cui, se anche l' espressione gaiana *quo tutius res nostrae apud eum sint* si riferisce solo alle precipue figure di questa categoria, essa non è male scelta per esprimere il carattere generale di essa di fronte a

---

(1) Questo concetto è energicamente sostenuto in Huschke, *Ztschr. f. g. RW.*, XVI, 301. E di frequente viene dimenticata questa pur ovvia osservazione. Per nessuno forse la dimenticanza è stata più funesta che per lo Heck, *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., X, 126.

quello della prima: qui infatti determinanti del negozio possono essere le esigenze dei creditori, l'urgenza delle condizioni economiche etc., là invece determinante è sempre la spontanea confidenza riposta nel fiduciario. E, del resto, conosciamo con certezza dei casi in cui la fiducia mira al vantaggio del fiduciario; si pensi al passo della *Collatio* 2, 3, dove niuno può negare che il negozio sia rivolto all' interesse dell' accipiente, per quanto possa pure concorrervi quello del fiduciante. Un altro caso è, per es., quello del D. 24, 1, 49 di Marcello (1):

« Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri ⟨*mancipavit*⟩ [tradidit], uti post mortem restituatur (2) filio...: si color vel titulus (ut sic dixerim) donationi quaesitus est, nihil valebit ⟨*mancipatio*⟩ [traditio]: idem si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus: alioquin si solo eius ministerio usa est et id egit, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam ⟨*mancipasset*⟩ [tradidisset]? »

Dunque l' unica ragione per cui Marcello esclude la validità del negozio, che apporti emolumento al fiduciario, si è che il negozio stesso si compie fra coniugi, tra cui ogni donazione è interdetta: se si trattasse di estranei, non vi sarebbe alcun ostacolo.

Non si vede dunque come per ciò solo debba a priori dichiararsi impossibile che la fiducia potesse usarsi ai fini stessi del commodato.

Incalza però il Karlowa con un altro argomento (3). Ed è che non si vede, secondo lui, alcuna ragione di tale uso. Si comprende come alla sicurezza di chi vuol mettere la cosa sua in custodia di altri possa in certi casi valer meglio la trasmissione del dominio, che non il semplice deposito; il fiduciario ha per la difesa della cosa tutti i rimedi compe-

---

(1) Per le interpolazioni di esso cfr. PERNICE, *Labeo*, III, 1, pp. 136-7.
(2) Crederei (anche per la *consecutio temporum*) " remanciparetur ".
(3) Loc. cit., p. 570.

tenti al domino. Ma non si vede quale ragione potesse spingere le parti a valersi della fiducia per gli scopi di un commodato. Il Karlowa così dicendo presuppone senz' altro la sua già combattuta teoria, che il contratto di commodato abbia sempre goduto in Roma tutela giuridica: ove si ammetta il contrario, è ovvio che una ragione di ricorrere all' uopo alla fiducia ci sarebbe stata benissimo. Ma neppure manca del tutto una ragione, anche quando il commodato è sicuramente fornito di azione; poichè può in molti casi interessare al concedente (che, per es., è assente o altrimenti impedito) di mettere il ricevente in grado di difendere indipendentemente le cose. Se noi pensiamo che l' *utendum dare* si riferisce anche agli immobili, chi non vede che la forma della fiducia per l' importanza dell' obbietto molte volte s' impone? Questa considerazione, anzi, mi fa ritenere che potesse essere più facilmente il caso di ricorrere alla fiducia ai fini del commodato, che non a quelli del deposito, che non può avere ad obbietto che cose mobili [1].

Dove, però, il lettore deve inarcare le ciglia e rileggere per timore di non aver ben compreso, è davanti alla temeraria affermazione del Karlowa che la pretesa dimostrazione di una interpolazione *depositum vel commodatum* per *fiducia* non è stata data. Io credo, invece, che poche dimostrazioni in materia di interpolazioni sieno così sicure. Si potrà discutere sulle conclusioni da ricavarsi da simile prova, ma il fatto di questa non si può mettere in dubbio.

Sono precipuamente quattro i relativi testi [2], che noi non ci possiamo dispensare dall' esaminare brevemente.

Ulpian. 30 ad ed., D. 16, 3, 1, 47 [3]:

« Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem *depositam vel commodatam* distraxit, ignarus *depositam vel commodatam,* an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re . . . ».

---

[1] L' esempio di Boezio, *ad top.*, 41, si riferisce ad un negozio nello scopo suo affine al deposito, ma avente per oggetto un fondo. Nè tale esempio parmi da negligere.

[2] Per altre congetture cfr., per es., Voigt, *Ius nat.*, III, nn. 1273. 1410; *XII Taf.*, II, 173. 186.

[3] Lenel, *Paling.*, II, 617.

I frr. 2 e 3, che seguono e che nei Digesti son messi in relazione con il § 47, si prestano per la loro iscrizione ad un riferimento alla fiducia [1]. Il fr. 2 con il suo *actiones suas tantummodo praestabit* poco conviene all' ipotesi di un deposito, ove il deponente avrebbe pur sempre la *rei vindicatio*. E contro l' ipotesi di un deposito sta nel fr. 3 la frase *non caret culpa* e più ancora quanto segue: *qnemadmodum si redemptam vel alia ratione suam factam noluit praestare*. Inoltre, data l' ipotesi di un deposito, il deponente potrebbe agire con l' *actio depositi* contro l' erede per la rifusione del prezzo, con la *rei vindicatio* contro il terzo acquirente, e così percepirebbe un ingiusto guadagno; mentre l' erede, che restituisce il prezzo e risponde per la evizione, subirebbe un' ingiusta perdita [2]. Per cui non si comprende (nella ipotesi dei compilatori) quanto scrive Ulpiano in fine del § 47: « an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit ». Nel caso di un deposito o commodato è tanto falso che, così operando, l' erede versi in dolo, che anzi gli dovrebbe competere una *exceptio doli*, non potendosi costringere a restituire il prezzo, mentre è tenuto per l' evizione verso l' acquirente, cui il deponente strappa la cosa con la *rei vindicatio*. Non così invece nella ipotesi della fiducia, poichè il fiduciante non è più domino e non ha la *rei vindicatio*. Domino è il fiduciario, che trasmette validamente il dominio al terzo e non può essere esposto alla evizione [3].

Afric. 8 quaest., D. 13, 7, 31:

« Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quodsi sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum *depositus vel commodatus servus* furtum faciat ».

---

(1) Per il fr. 3 cfr. LENEL, loc. cit.

(2) Cfr. GOEPPERT, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A, XIII, 345 sg.

(3) Senza alcun sospetto d' interpolazione tratta di D. 16, 3, 1, 47 il PACCHIONI nella sua recentissima *Neg. gestio*, p. 186.

La prima parte del testo si riferisce chiaramente alla *fiducia cum creditore*; si parla infatti di *relinquere pro noxae dedito*: espressione, che non si attaglia che al caso, in cui chi tiene il servo già ne sia domino: cfr. D. 47, 2, 62, 1, preso dallo stesso libro della stessa opera. Probabilmente il fr. 31 non è di origine diversa dal fr. 62, 1: quest' ultimo rappresenta più completo il testo genuino, mentre il primo non ne contiene che un sunto, conservando però qualche frase caratteristica. Ora il fr. 62, 1, il cui confronto in ogni modo si impone, parla evidentemente della *fiducia cum creditore* e della relativa *actio contraria*, poichè deduce la relativa dottrina dalle cose dette nel principio del frammento circa l' ipotesi dei condomini (« his etiam illud *consequens* est » etc.), ove il furto è patito da chi pure è domino del servo. Il giurista passa poi nel § 2 al caso del servo venduto che fa un furto al compratore, da cui vien poi redibito: anche qui è l' ipotesi di un domino, che subisce il furto. È chiaro che il giurista passa in rassegna le varie eccezioni al principio, che il domino non ha rimedio pei furti a lui fatti dal proprio servo. Ciò posto, è chiarissimo che in luogo di *depositus vel commodatus* il testo genuino doveva dire *fiduciae cum amico causa mancipio datus*, giacchè altrimenti il paragone sarebbe affatto strano. Strano, anzi erroneo: poichè lo stesso Africano nel libro stesso insegnava ben diversamente (D. 47, 2, 62, 5-6). Insegnava che il deponente è tenuto in ogni caso a tenere completamente indenne il depositario, che ha patito un furto per opera del servo depositato: « nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse ». Non così, al contrario, per il commodato: « quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur ». La fiducia invece ha proprie regole speciali, che non dipendono dal fine concreto, cui le parti la fanno servire [1].

---

[1] Forse l' originario passo può ripristinarsi così:
" His etiam illud consequens esse ait, ut, et si servus, quem creditori fiduciae causa mancipaveris, furtum ei fecerit, liberum tibi sit servum pro noxae dedito relinquere. Quod si sciens furem mancipaveris, etsi paratus

Pompon. 26 ad Sab., D. 45, 3, 6:

« Ofilius recte dicebat et per traditionem accipiendo vel deponendo commodandoque posse soli ei adquiri, qui iussit » (1).

Qui l'interpolazione è evidente sia per la struttura del periodo (*et–vel*), sia per la dicitura *per traditionem accipere*, sia per l'intima diversità che vi ha fra i negozii nominati (tradizione, deposito e commodato). È poi da ricordarsi che generalmente, ove si parla degli acquisti per mezzo del servo, non si menzionano (come ha bene osservato anche il Gradenwitz) che due tipi: la *mancipatio* (tutt'al più anche la *traditio*) e la stipulazione. L'assumere il deposito e il commodato (ambedue contratti reali!) come campioni di tutta la serie delle obbligazioni si concederà da ognuno essere molto strano. Insieme va considerato Iulian. 13 digest., D. 44, 7, 16:

« Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet; nam servus hereditarius, sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati adquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret ».

Anche il fr. 16 è con tutta certezza interpolato (2).

La prima parte parla evidentemente di una *fiducia cum creditore contracta*. L'acquisto del pegno viene infatti detto poi « acquisto di proprietà » (*proprietatem acquirit*) e di proprietà *per traditionem accipiendo* (consueta interpolazione per *mancipio accipere*; *fundus* e *homo* sono infatti gli esempi tipici delle *res mancipi*). La dazione a precario esclude infatti l'*usureceptio* (qui non si capirebbe, trattandosi di pegno, perchè si abbia a impedire l'*usucapio*) secondo l'insegnamento di

---

fueris pro noxae dedito apud creditorem relinquere, nihilominus agendo contraria fiduciae consequetur, ut ei damnum decidas. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum amico fiduciae causa servus mancipio datus furtum ei faciat „.

(1) Lenel, *Paling.*, II, 136.

(2) È, anzi, una delle interpolazioni, la cui scoperta risale più addietro.

Gaio II, 60: « si vero cum creditore (contracta sit fiducia), soluta quidem pecunia omnimodo competit (usureceptio); nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, *neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret* ». A questa parte sicuramente interpolata, e relativa alla *fiducia cum creditore*, segue una proposizione, che non ha con essa nulla che vedere: « *nam* etsi commodoverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret ». L' impressione del lettore non può essere altra che questa. Il giurista dalla *fiducia cum creditore* sarà passato a quella *cum amico contracta* e avrà detto « poichè, se invece avesse dato a precario una cosa ricevuta in *fiducia cum amico contracta*, non sarebbe impedita l'*usureceptio* ». I compilatori, non sapendo che farsi di questa *fiducia cum amico* e del relativo insegnamento, hanno sostituito quella frase, per sè inconcludente e mal connessa col resto, ma pur sempre preziosa in quanto ci mostra che cosa solevano essi sostituire alla menzione di quella fiducia. Ritornando poi al nostro fr. 6, appena può dubitarsi che abbia sostanzialmente colpito nel segno il Lenel sostituendo: « fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico contractae posse soli ei adquiri, qui iussit »: così anche la strana conformazione del periodo *et-vel* rimane felicemente spiegata.

Gai. 9 ad ed. prov., D. 15, 1, 27 pr.:

« Et ancillarum nomine et filiarumfamilias in peculio actio datur.... depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait ».

Già la menzione veramente inopinata del deposito e del commodato in questo luogo fa pensare ad un' alterazione del testo. La quale si rivela sicura a chi confronti il fr. 36 ibid., dove precisamente si discorre dell' *actio de peculio* in rapporto alla fiducia.

A tutti questi passi uno potrebbe aggiungersi (per tacere di altri che non presentano altrettanta certezza), ed è D. 9, 4, 22 pr. (Paul. 18 ad ed.) (1):

---

(1) PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 140 n. 2.

« Si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maxime si copiam habeat reciperandi hominis ».

Strano è il dubbio (ove realmente trattisi di commodato o deposito), se il proprietario abbia ancora in potestà lo schiavo dato in deposito o commodato; più strana è l'affermazione che tal servo *intellegitur ei servire*, mentre ciò nel caso di commodato non è punto vero. Più strana ancora è la chiusa *si copiam habeat reciperandi hominis*; essa non è certo interpolata, perchè anzi appunto relativamente al deposito e al commodato essa si rivela infelice.

L'esistenza di tali interpolazioni ha dovuto venir riconosciuta anche dallo Heck (1), il quale però ha tentato di togliere forza al poderosissimo argomento, che ne deriva contro la sua dottrina, mediante una supposizione davvero poco probabile. Egli pensa che qui originariamente in luogo di *depositum vel commodatum* stesse *receptum*. Al qual proposito non devesi credere che il testo genuino parlasse del *receptum* in senso tecnico; la menzione di tale *receptum* avrebbe dovuto necessariamente togliersi dai compilatori o sostituirsi con quella di altro istituto riconosciuto nel diritto giustinianeo. Ora, è chiarissimo che nei testi surriferiti la menzione del tecnico *receptum* non potrebbe in alcuna guisa introdursi. Ma, crede lo Heck, i compilatori hanno proceduto con tanta negligenza, da non accorgersi che alle volte *receptum* era usato in senso affatto comune (ricuperato, ripreso, ricevuto) e l'hanno sostituito, nella loro cieca sollecitudine, con altre espressioni, risultandone così dei passi e per la sostanza e per la forma veramente strani (2).

Che tale ragionamento sia molto atto a persuadere, non credo. Come mai ammettere che una svista così grossolana

---

(1) L. c., p. 121 sg.

(2) L'unico argomento dello Heck sarebbero le parole *servo constituto* in D. 16, 3, 23, che starebbero per *servo recepto* del testo originario in senso non tecnico. Ma la cosa più probabile è che nel testo originario tali parole mancassero affatto (*Coll.*, 10, 2, 5); *constituere* è ivi usato dai compilatori nel senso bizantino = καθιστᾶναι e, se anche non è espressione felice, non è neppure assurda; cfr. Goeppert, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XIII, p. 340 sg. Chi ad ogni modo potrebbe ammettere sul serio che Modestino usasse quelle parole nel significato preteso dallo Heck?

(poichè tutto il contesto doveva avvertire fin troppo chiaramente non trattarsi di *receptum* in senso tecnico) sia stata commessa più volte, per un' intera serie di testi? E poi è provata mai la sostituzione di *depositum vel commodatum* in luogo di *receptum*? I compilatori sogliono sostituire *constitutum* a *receptum*. Si dirà che qui si sono avvisti che tale sostituzione era impossibile. Benissimo! Ciò vale quanto dire che essi si sono avvisti che *receptum* non era usato in senso tecnico e che non era il caso d' interpolare. Ma — e questo parmi senz' altro decisivo — si provi a sostituire, in tutti i passi citati, alla espressione *depositum vel commodatum* quella di *receptum*, sia pure in senso non tecnico; e si vegga se ciascun passo risulta così e per la sostanza e per la forma veramente sanato, se, insomma, ne risulta una ragionevole esposizione. Io credo il contrario! Credo che, se mai, i testi vengano peggiorati. E la prova può fare da sè ogni accorto lettore (1).

Possiamo, quindi, conchiudere con sicurezza che i compilatori, come riducono a *pignus* la *fiducia cum creditore contracta*, così non di rado riducono a *depositum vel commodatum* la *fiducia cum amico*. Talora *depositum vel commodatum* è sostituito all' originaria menzione della *fiducia cum creditore*, per es. in D. 9, 4, 22: e la ragione si è che del *pignus* si occupa il § 1 dello stesso frammento. Ma nella maggior parte dei passi si tratta anzi della contrapposizione delle due specie di fiducia, sicchè la ragione della sostituzione appare chiarissima.

È questo un argomento per ritenere che la *fiducia cum amico* potesse servire anche agli scopi del commodato?

Il Niemeyer, che pur ammette l' evidenza delle interpolazioni, crede poter rispondere negativamente (2). « Si tratta — così egli scrive — della opinione di Triboniano circa le funzioni del vecchio istituto, non del vero svolgimento storico di esso. Anzi, neppure deve pensarsi che si volesse proprio sostituire all' istituto originario quello che nella funzione gli era succeduto. Devesi ritenere semplicemente che la fattispecie ha

---

(1) Le molte incongruenze derivanti dalla sostituzione dello HECK sono state diligentemente notate dal GOEPPERT nel citato articolo; e vi si può rimandare il lettore, che del resto non avrà bisogno di tale sussidio, trattandosi di osservazioni, che ognuno può agevolmente fare da sè.

(2) *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., XIII, p. 316.

permesso in quei testi di mutare l'originaria menzione della fiducia in quella del deposito e del commodato, che in certo modo a quella fattispecie si adattavano ».

Siffatta opinione contrasta decisamente con quanto noi sappiamo sul carattere delle interpolazioni. I compilatori, interpolando, hanno appunto avuto di mira di sostituire alla menzione dell' istituto tramontato quello dell' istituto più affine, che oramai compieva le veci di quello. E precisamente nella materia, di cui ci stiamo occupando, troviamo di ciò ottimi esempi. Alla *fiducia cum creditore* è sostituito il *pignus* (già i classici dicevano che tale fiducia facevasi *iure pignoris*); alla fiducia a scopo di manumissione e simili è sostituito il mandato [1]; se ad altre applicazioni della *fiducia cum amico* sono sostituiti il deposito e il commodato, mi pare molto verosimile che gli scopi economici di entrambi questi contratti fossero un tempo anche mercè la fiducia raggiunti. E ognuno vede quanto poco valga l' osservazione, che tali interpolazioni non ci rivelerebbero che l' opinione dei compilatori in proposito; poichè tale opinione, come quella di gente che aveva tanto lavorato sui testi genuini, è per noi di grandissimo valore.

Capitolo II.

Concetti fondamentali.

L' antica denominazione per *commodare* è quella di *utendum dare* [2]. Ad essa, come correlative, corrispondono le espressioni *utendum rogare* e *utendum accipere*: tali espressioni non

---

[1] Il Pernice (*Labeo*, III, 1, 128) scrive: " die actio mandati als Ersatz dafür ist sehr geschickt gewählt ".

[2] Abbiamo già visto che Labeone riteneva più comprensiva l' espressione (al suo tempo, edittale) *utendum dare*, come quella che si riferiva anche agli immobili, in confronto dell' altra *commodare*. Forse siffatta opinione è stata accolta da Celso, come del resto è per sè verosimile, sia perchè Celso scriveva prima della versione giulianea del testo edittale, sia perchè calca di frequente le orme di Labeone. Le tracce di tale adesione di Celso alla dottrina di Labeone io credo scorgere in D. 34, 2, 5: " *usum* autem *balinei* quidem vel *porticus* vel *campi* .... verum in *vehiculo commodato* vel locato etc. ". La voce *commodare* sembra essere evitata studiosamente, ove si tratta degli immobili.

sono completamente eliminate neppure dopo la revisione giulianea del testo edittale. Per i giuristi più antichi cfr. Q. Mucio presso Gellio, 6 (7), 15, 2; Labeone, D. 32, 29 pr.; Labeone (e Ofilio), D. 34, 2, 39 pr.; per quelli posteriori alla revisione giulianea cfr., per es., Africano, D. 13, 6, 21, 2. 47, 2, 62, 6; Gaio, D. 47, 2, 55, 1. Indipendentemente poi da siffatte denominazioni del negozio, troviamo normalmente indicato col verbo *uti* e derivati il suo contenuto. Importa, quindi, prima di procedere oltre, fissar bene l'ambito dei relativi concetti.

Nelle fonti giuridiche il verbo *uti* ha un significato molto ampio e vario [1]. Anzitutto si trova adoperato per indicare l'esercizio di un diritto; più esattamente, il vantaggio e il beneficio, che l'esercizio di un diritto procura. *Uti, usus* sono termini frequentissimi per esprimere l'esercizio del diritto di proprietà o il modo con cui questo viene esercitato. Cfr., per es., Alfeno Varo, D. 34, 2, 28 « id argentum, quod .... paterfamilias *ad cottidianum usum* parasset .... mensas argenteas et eius generis argentum, quo ipse non temere *uteretur* ... »; Tuberone, D. 33, 10, 7, 1 « instrumentum quoddam patris familiae rerum *ad cottidianum usum* paratarum »; Labeone, fr. 12 ib. (cfr. 33, 9, 4, 5) « urbanus servus et rusticus distinguitur non loco, sed *genere usus* »; Marcello, D. 5, 3, 25, 12 « si quis *re sua* lautius *usus sit* »; Serv. Sulp. ap. Gell. 4, 1, 17 (cfr. D. 33, 9, 3, 6, em. Mommsen) « quae huiusce generis *longae usionis* causa reconduntur »; Nerazio, D. 8, 2, 19 pr. « si talis sit *usus tepidarii*... »; Q. Mucio, D. 33, 9, 3 pr. « iumentorum, quae *dominici usus* causa parata sunt »; Scev., D. 34, 2, 40, 1 « argentum, quo diebus festis in balineo *uti* consuevit »; D. 34, 2, 16 « ornamenta mea omnia... quibus ego *usa sum* »; D. 34, 2, 32, 4 « proprium argentum ad *usum suum* paratum »; Ulp. D. 33, 7, 12, 19; 12, 28-30; 12, 34. 32, 55, 1; 55, 3; 55, 6.

In senso più ristretto si dice *usus* quell'esercizio del dominio, che serve a soddisfare un bisogno o a procurare un vantaggio in confronto di quello, che serve semplicemente di lusso e godimento: « vasa aenea salientis aquae posita, item si

---

[2] Qui ci limitiamo a notare solamente quei significati, che hanno qualche relazione con il contenuto del commodato e che giovano ad illustrarlo.

quid aliud *magis deliciarum quam usus* causa paratum esset.... vasa.... quae *ad usum* edendi et bibendi causa parata essent.... » (D. 33, 10, 11); quello attivo in confronto di quello inattivo, D. 33, 7, 12, 29: « si qua eo congesserat *non usus ipsius causa, sed custodiae gratia* ».

Il fatto e il modo dell'*usus* da parte del proprietario possono avere importanza per diverse ragioni, ma soprattutto per determinare il vero significato di talune disposizioni (specialmente di ultima volontà); e infatti i testi da noi addotti appartengono in gran parte ai libri dei legati [1].

Si comprende pertanto come si ascriva al mutuatario l'*usus pecuniae*: egli è appunto domino, cfr. D. 12, 1, 9, 9: « deposui apud te decem, *postea permisi tibi uti* »; 12, 1, 11 pr.: « lancem dedi tibi vel massam auri, ut eam venderes et *nummis utereris* »; 19, 5, 19 pr.: « dedi tibi rem vendendam, *ut pretio uteris* ».

Come qui dell' esercizio del dominio, così altrove dicesi *uti* dell' esercizio di altri diritti reali. Qui non parliamo dell'*usus fructus* e dell'*usus*, dove il vocabolo compare nella stessa designazione del diritto; ma sì delle servitù prediali, dove l'*usus* si riferisce all' esercizio di esse da parte del titolare: si dice anche di chi esercita le facoltà che di tali servitù costituiscono il contenuto. Il punto è notissimo: per es., Marcello, D. 8, 6, 11 « cui via vel actus debebatur .... latiore itinere *usus esset* », i numerosissimi testi relativi alla perdita delle servitù *non utendo* (specialmente in D. 8, 6), i vari editti relativi all'*usus aquae* etc. e i rispettivi commentari, la famosa regola pomponiana « servitutes dividi non possunt, nam earum *usus* ita conexus est etc. »; cfr. D. 8, 1, 17 « *usus* eorum (viae, itineris, aquaeductus) indivisus est ».

Delle *res sacrae* etc. suole pertanto essere illecito l'*usus*, come quelle, su cui non può cadere diritto dei privati; cfr. D. 39, 3, 17, 3: « loco sacro vel religioso vel sancto interve-

---

[1] Resta in tal modo anche facile da spiegarsi l'antica accezione di *usus* = possesso. Significa cioè il godimento effettivo, l'esercizio di ciò che forma il contenuto del diritto di proprietà. Dopo che prevalse l'appellazione tecnica di *possidere. possessio*, i giuristi evitano studiosamente la parola *usus* in questo senso.

niente, *quo fas non sit uti...* » [1]. Si chiama però *usus* il servizio di tali cose al fine cui sono destinate, le cerimonie del culto, la sepoltura etc.; per es., Ulp. D. 11, 7, 12, 1: « senatusconsulto cavetur, ne usus sepulchrorum permutationibus polluatur ».

Talora l'*usus* si rapporta al vantaggio, che si trae dai fatti altrui, dalle altrui prestazioni. In questo senso la voce non è infrequente presso i non giuristi: più rara, ma non inaudita, presso i giuristi [2]. Per es. Ulp. D. 39, 5, 19, 1: « si qualibet in re opera vel gratia mea *usus* fueris ». Ma comunemente l'*usus* si riporta direttamente a una cosa. Oltre i casi enumerati (in cui taluno *utitur re* in forza di un diritto, che sulla cosa stessa immediatamente gli spetta, o in quanto si comporta come se tal diritto gli spettasse), vi hanno numerosissimi altri casi, in cui taluno ha un *usus* più o meno lato sulla cosa altrui o per mero favore o per una obbligazione personale [3]. Gli esempi dell'uno e dell'altro caso sono frequentissimi; qui si appuntano soprattutto il precario, il commodato e la locazione. Il contenuto di questi tre negozi è appunto indicato con la parola *uti*.

Si comprende come la concessione gratuita di uso avvenga anzitutto a favore di famigliari e dipendenti, con cui è stretto il vincolo, grande la fiducia, facile la sorveglianza. Intanto abbiamo la figura, spesso ricordata nelle fonti, dell'*usus promiscuus* o *communis* di una cosa, che il *paterfamilias* gode

---

(1) Donde le restrizioni di alcune *leges*. Per es. nella *dedicatio aedis Furfensis* (*Inscr. Neap.* n. 6011; *Corp. inscr. lat.* IX, p. 333 n. 3513): " sei quod ad eam aedem donum datum donatum dedicatumque erit, utei *liceat oeti* venum dare... ".

(2) Quasi termine intermedio è l'*usus* delle *operae servorum*; D. 35, 1, 57: " servus perveniet quidem ad libertatem, sed operis eius extraneus non *utetur* ".

(3) Anche al *populus* spetta l'*usus (publicus)* su talune cose per un diritto originario, su altre per concessione e favore. Cfr., per es., da una parte D. 41, 1, 30, 1 " solum ipsum meum privatum est, usus autem eius publicus intellegitur "; D. 43, 8, 4 " in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur "; D. 11, 7, 8, 2 " locum publicis usibus destinatum "; *lex Iulia municipalis* (*Corp. inscr. lat.* I, p. 120 sg., n. 206). l. 71 sq., 79 sq., 80 sq., 82; dall'altra v., per es., *Corp. inscr. lat.*, II, p. 220, n. 1643; V, n. 6522, n. 376 *add.*; XIV, p. 319, n. 2979; p. 325, n. 3015.

insieme alla moglie od anche insieme a tutta la famiglia: per es. Quinto Mucio, D. 34, 2, 10: « quod magis illius, quam *communis usus* causa paratum esset »; Ulp. D. 32, 49, 2: « et si quaedam *promiscui usus* sint »; Sab. D. 32, 45: « *communis promiscuusque usus* »: cfr. per l' *usus familiae* Serv. Sulp. apud Gell. 4, 1, 17 « liberorum eius .... *communis usus* »; Pomp. D. 34, 2, 10 pr. Troviamo poi spesso denotate le concessioni in uso ai figli e ai servi, che non implicano per sè concessione di peculio [1]; cfr., per es., D. 15, 1, 25: « Id vestimentum peculii esse incipit, quod ita dederit dominus, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur idque ab eo eius usus gratia custodiretur. sed quod vestimentum servo dominus ita *dedit utendum*, ut non semper, sed ad certum usum certis temporibus eo uteretur... id vestimentum non esse peculii ». Cfr. D. 32, 49, 7: « Hoc legatum et filio et filiae relinqui potest: '*quae eius gratia parata sunt*', et servo servaeque: et continebuntur quae ipsi sunt adtributa vel destinata ».

Ma l' esempio più comune e più largamente illustrato nelle fonti è quello delle *res usibus uxoris destinatae* o, come suona la consueta designazione, delle *res uxoris causa emptae paratae*. La ragione, per cui tale esempio è spesso ricordato nelle fonti, si è che nei testamenti romani era frequentissimo il legato *rerum uxoris causa emptarum paratarum;* la definitiva attribuzione in proprietà *mortis causa* coronava la concessione dell' uso fatta in vita. Cfr. soprattutto D. 32, 45:

« Hoc legatum '*uxoris causa parata*' generale est et continet tam vestem quam argentum aurum ornamenta ceteraque, quae uxoris causa parantur. sed quae videantur uxoris causa parari? Sabinus libris ad Vitellium ita scripsit: quod in usu frequentissime versatur, ut in legatis uxoris adiciatur '*quod eius causa parata sint*', hanc interpretationem optinuit, *quod magis uxoris causa, quam communis promiscuique usus causa*

---

(1) La costituzione del peculio si distingue dalla mera concessione di uso, perchè crea una separata economia ed amministrazione e perchè fa sorgere di fatto un patrimonio proprio del concessionario. Ma la concessione di uso è come *minus* contenuta nel *plus* della costituzione di peculio; cfr. D. 15, 1, 25 citato nel testo.

paratum foret. neque interesse visum est, ante ductam uxorem id paterfamilias paravisset an postea, an etiam ex his rebus, *quibus ipse uti soleret,* uxori aliquid adsignavisset, *dum id mulieris usibus proprie adtributum esset* ».

L' *usus* suol cominciare con la *datio* o *traditio* [1], per es. D. 32, 47 pr.: « si quid earum rerum... ei (uxori), *ut uteretur, tradidit* »; D. 32, 47, 1: « *tradidisset*... posterioris uxoris causa paravisse... constat »; D. 34, 2, 10: « *in usum ei data* ». E termina con l'*ademptio:* cfr. Paul. D. 32, 48: « id... quod traditum est, si postea ademptum sit... »; Celso, D. 34, 2, 3: « potest nec repudiatae adimere voluisse » [2]. L'*ademptio* è naturalmente sempre libera ad arbitrio del concedente [3]; essa consiste in un atto di volontà, che può anche manifestarsi (cfr. fr. 3 cit. « quia adempta *videantur* ») dalle circostanze.

Come ai servi, siffatte concessioni si fanno ai liberti o ad altri dipendenti. Cfr. alcuni esempi in D. 33, 2, 33; così al § 2: « Nigidium Titium Dionem libertos meos senes et infirmos peto in locis, *in quibus nunc agunt* (per benevola concessione del domino), senescere patiamini ». Una tale concessione, quando venga fatta ad altri fuorchè ai servi ed ai *filiifamilias* proprii del concedente, assume la denominazione di precario. Si ha il precario, quando gratuitamente viene altrui concesso l'uso di una cosa, senza che il concedente intenda in alcun modo vincolarsi: il concessionario può trattenere la cosa solo fin che ciò piaccia al concedente, il quale si mantiene pienamente arbitro di essa: il concessionario rimane quindi in un rapporto di dipendenza. Non è un *negotium*, che il concedente intende di compiere; ma una liberalità, un favore liberissimo, che vuole altrui di-

---

[1] Il *legatum rerum uxoris causa emptarum* è però valido, anche se la consegna alla moglie non è intervenuta; poichè basta all'uopo che la cosa fosse destinata all'uso di lei: cfr. per es. D. 34, 2, 4.

[2] Cfr. FERRINI, *Presunzioni in diritto romano,* cap. II [*infra*].

[3] Cfr. per il peculio D. 15, 1, 8: " non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem ". E invece: " contra autem, simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse ". *Ademptio* è qui pure termine tecnico; per es. D. 15, 1, 4 pr. " cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit etc. ".

mostrare. Così anche la definizione di Ulpiano [1]: « precarium est quod precibus *utendum* conceditur, *tamdiu quamdiu is qui concessit* patitur ». Cfr. Pomp. D. 43, 26, 15 pr.: « Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro *utatur*, quatenus ei tribuere velimus ». Le *preces* rivolte a ottenere il precario non debbono assumersi come necessario elemento costitutivo [2]; ma esse bene esprimono quel rapporto di dipendenza, in cui sta la persona del precarista rispetto a quella del concedente, giacchè la preghiera si rivolge appunto a chi è superiore. O è l' umile domanda dell' inferiore o lo stesso suo bisogno, che parla per lui e commuove il superiore a concedere. Se anche il concedente dichiara di voler lasciare la cosa per un certo tempo al precarista, non s' intende che egli siasi assunto con ciò un vero impegno giuridico: « ... nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat »: D. 43, 26, 12 pr. E infatti quando si pensi ai rapporti, fra cui l' istituto ha avuto la sua prima origine, si comprende subito come ciò sia, e svaniscono i dubbi e le difficoltà mosse dai moderni a tale principio [3]: il superiore fa sperare che la sua grazia, il suo favore continueranno per un dato tempo; ma non è supponibile che egli s' impegni in modo da esporsi ai richiami dei suoi soggetti. E, come le concessioni del *dominus* ai *servi* e ai *filiifamilias* o assumono la figura della costituzione peculiare o rimangono semplici permessi di uso, così le concessioni precarie si rapportano o al *possidere* o al semplice *uti*, secondo l' intenzione del concedente [4]. Il precario comincia non con la *rogatio* o con la promessa, ma con l' effettiva *datio* o *adquisitio*, come il peculio; e a ragione, non essendo tali promesse di alcun vincolo per il concedente: cfr., per es., D. 43, 26, 4, 2. Al concedente compete, come si è visto, liberissimo diritto di revoca (*revocare*: D. 43, 26, 2, 2); di fronte al concedente è *iniusta* la *possessio* del precarista. Il

---

[1] D. 43, 26, 1 pr. Cfr. VANGEROW, *Pand.*, III, § 691, n. 6, il quale però va troppo oltre.

[2] V. però SCIALOJA, *Del precario*, p. 19 sg. *Utendum rogare* si usa anche nel commodato, benchè con assai minore frequenza.

[3] V. i citati da SCIALOJA, l. c., p. 48 n. 1.

[4] Il *possidere aut uti* di D. 43, 26, 2, 3 si riferisce invece alla distinzione fra possesso e quasi possesso.

concedente, anzi, può espellere anche con vie di fatto il precarista, senza temere l' *interdictum de vi*, in cui per diritto antegiustinianeo era inserita l' eccezione della *precaria possessio*; solo non potrebbe espellerlo *hominibus armatis* (1).

Il concedente non assume obbligazione alcuna; il pretore obbliga il precarista con un interdetto a restituire, ove siane richiesto dal concedente; nega ogni tutela al possesso del precarista di fronte al concedente stesso. Il precarista non risponde che del danno recato con suo dolo (cui si equipara la *lata culpa*) (2). Del resto nulla vi ha, che accenni a contratto; anzi, per tutto il periodo classico è oltremodo dubbio se il precario possa designarsi come negozio giuridico: si risponde in via interdittale per l' inobbedienza alla restituzione: « interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationis et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio ». Dunque lo stesso Paolo (D. 43, 26, 14) ne arguiva la mancanza di un negozio giuridico propriamente detto. Ulpiano però (D. 50, 17, 23) mette il *precarium* in una lunga enumerazione di *contractus*, ossia di atti giuridici (3).

È questa semplicemente una designazione inesatta o si collega con altre vedute di Ulpiano? In D. 43, 26, 2, 2 di Ulpiano ora leggiamo:

« ... itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur ».

Ormai il testo è riconosciuto interpolato (4): già l' avrebbe fatto sospettare la contraddizione con Paolo, che assicura non

---

(1) Cfr. del resto SCIALOJA, *Studi per l' 8° cent. Univ. Bologna*, p. 228 sgg.

(2) Il pretore dice solo: " quod precario habes aut dolo malo fecisti ut desineres habere ". " Nec immerito — scrive però Ulpiano in D. 43, 26, 8, 3 — dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit (e non siavi alcun rapporto contrattuale) et satis sit, si dolus tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit ".

(3) Cfr. per il significato PERNICE, *Parerga*, 3, 196.

(4) GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 128 sg.; SCIALOJA, *Studi per l' 8° cent. Univ. Bologna*. p. 232 n. 1; LENEL, *Paling.*, II, 842. Il punto interrogativo può essere levato senza nota di temerità.

esservi alcuna *civilis actio*, poi l'anormalità della specie in confronto dell'*agere praescriptis verbis*. Ora poi consta che la espressione *actio praescriptis verbis* è sempre dovuta ai compilatori. E questi non hanno più viva e lucida la comprensione dello spirito vero del precario. E si capisce. Nello svolgimento storico il precario era venuto sempre più allargandosi, la sua sfera di applicazione si era fatta più generale, e in molti casi doveva essere malagevole il distinguerlo da negozi giuridici aventi analoga funzione. I compilatori hanno a ragione trovato scarsa la tutela giuridica di un istituto così trasformatosi e hanno fatto ricorso all'*actio praescriptis verbis*, che è il loro ordinario rifugio, quando vogliono introdurre un'azione ignota ai giuristi classici (1). A maggior ragione deve ammettersi la interpolazione in D. 43, 26, 19, 2 « non solum interdicto uti possumus, sed *et incerti condictione, id est praescriptis verbis* » (2).

Di contro al precario, che, come dicemmo, non costituisce per il diritto classico un vero negozio giuridico, stanno due contratti: la locazione e il commodato. La locazione si distingue facilmente e dal precario e dal commodato, perchè non è atto gratuito; il conduttore è tenuto ad un corrispettivo, alla mercede. Non così il commodato: « voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare », « commodati finem praescribere

(1) Nè si vede affatto a che mai, dato il regolamento antico del precario, la *bona fides* possa servire. Vi ha pure un testo del medesimo Ulpiano, il quale si mostra in pieno accordo con Paolo: D. 47, 2, 14, 11: " *non est contra eum* (il precarista) *civilis actio*, quia simile donato precarium est: ideoque et interdictum necessarium visum est ". Viceversa Paolo 5, 6, 10: " *nam* (sic) et civilis actio huius rei (il precario) sicut commodati competit ". Ma è un glossema. Vi contraddice D. 47, 2, 14, 11 di Paolo stesso; e poi *huius rei actio competit* non è latino di giurista classico. Pur levando quelle parole, il testo delle *Sententiae* sta.

Lo SCIALOJA, l. c., p. 232, osserva: " Tutti questi testi (D. 43, 26, 2, 2; 19, 2 e Paul. 5, 6, 10) sono fortemente sospetti di interpolazione o di alterazioni d'altro genere, sebbene tutti e tre in complesso ci dieno sicura prova dell'esistenza di una *civilis actio* ". Prova per il diritto degli ultimi tempi, sì, e l'interpolazione nelle *Sententiae* mostra appunto che il rimedio fu accolto nella prassi prima che i compilatori lo introducessero per via di emblemi nelle Pandette; ma per il diritto classico si evince anzi da quei testi l'inesistenza di siffatta azione.

(2) LENEL, *Palingen.*, I, 448.

eius est qui beneficium tribuit » (1). Il commodato, come il precario, è affatto gratuito: « *est* (precarium) *simile commodato*: nam et qui commodat rem sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat » (2).

Tuttavia il trattamento del commodato diversifica notevolmente da quello del precario.

Mentre il concedente nel precario non è astretto da vincolo alcuno e non incorre in veruna obbligazione, il commodante è, come vedremo anche meglio, vincolato dal fine specifico del negozio e non può ripetere ad arbitrio la cosa; inoltre, almeno già ai tempi di Labeone, egli è soggetto a reciproca obbligazione e ne risponde nel *contrarium iudicium*.

Il precarista non è tenuto (almeno nel diritto classico) da una obbligazione nascente dal rapporto; in via interdittale, e cioè per diretto intervento e comando del magistrato, viene, se renitente, astretto alla restituzione della cosa. Risponde, se questa non può aver luogo, solo per dolo. Invece il commodatario è tenuto da vera e propria obbligazione contrattuale; egli deve comportarsi circa la cosa come un buon padre di famiglia, giusta almeno la regola generale.

Il precarista ha frequentemente, anzi normalmente, il possesso della cosa (3); mentre ciò non è pel commodatario.

Queste differenze rimangono in gran parte pur nel diritto nuovo, ed è certamente infondato il dichiarare quasi parificate in questo le due figure (4). È quindi assai importante lo stabilire quali sieno le caratteristiche, donde si possa dedurre la qualità specifica dell' atto.

Donello (5) definisce sagacemente il commodato così: « commodare est rem quae usu non consumitur seu mobilem seu immobilem utendam gratis dare *praescripto utendi fine aut modo* ». Il commodato è un atto che non ha avuto la sua origine nei rapporti fra superiori e inferiori, ma in quelli ami-

---

(1) Paul. D. 13, 6, 17, 3.

(2) Ulp. D. 43, 26, 1, 3.

(3) " Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere ": Ulp. D. 43, 26, 4, 1.

(4) Kritz, *Pandektenrecht*, I, 2, p. 429 sg.

(5) *Comm. iuris civ.*, 14, 2, 2 sg. (*Opp.*, ed. Lucca, III, 995). Cfr. Vinnio, *Inst.*, ed. 1768, II, p. 93.

chevoli tra uguali [1]; la cosa viene posta a disposizione di una delle parti per uno scopo determinato. Non è dunque che qui venga in genere concesso l'uso e il godimento di una cosa; è concesso in quanto serve a uno scopo prefisso [2]. La tesi è stata ai nostri giorni vigorosamente ripresa dallo Schmidt [3], che la difese non troppo validamente contro gli assalti di Kritz [4]. È intanto notevole che le fonti, ove menzionano il commodato, sogliono aggiungere lo scopo, per cui la cosa viene prestata. Eccone esempi:

auct. ad Her. 4, 51, 64: « ait se aedes maximas cuidam amico ad nuptias commodasse ».

D. 47, 2, 55, 4: « ferramenta sciens commodaverit ad effrigendum ostium .... vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum ».

Quinto Mucio apud Gell. 6 (7), 15, 2: « sive quod utendum accepit ad aliam rem atque accepit usus est ».

D. 47, 2, 40: « qui iumenta sibi commodata longius duxerit ».

D. 47, 2, 17: « qui re sibi commodata .... usus est aliter atque accepit ».

D. 19, 5, 17, 3: « commodaremus, ut opus faceret ».

D. 47, 2, 52, 22: « pondera tibi commodavi cum emeres ad pondus ».

Dal nostro titolo sceglierò i seguenti esempi:

3, 6: « commodari .... ad pompam vel ostentationem ».

4: « ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant ».

5, 7: « si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres ».

---

(1) E per lo più scambievoli: Cato, *de a. c.* 5, 7; Cicerone, *de off.* 2, 4, 15.

(2) E questa può considerarsi, almeno fino a pochi anni sono, quale *communis opinio*. Vedi Heineccius, *Inst.*, § 799; Glueck, *Ausführliche Erläuterung,* XIII, 430. La determinazione però dell'uso " in Absicht auf die Zeit " non mi pare correttamente stabilita. Cfr. pure Haimberger, *Diritto romano puro,* §§ 506 e 513.

(3) *Kommodat und Precarium*, p. 157.

(4) L. c., approvato dal Vangerow, *Pand.*, III, 691, n. 5. Cfr. Windscheid, *Pand.*, 2, 376, n. 2.

« si sic commodavi, ut ad bellum duceres ».

« si tibi commodavi (servum) ut in machina operaretur ».

5, 8: « si (codicem) ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo ».

5, 10: « si ... commodavit ... quo honestius culta ad se deduceretur ».

5, 12: « rem tibi dedi ut creditori tuo pignori dares ».

10 pr.: « si in eam rem usus est in quam accepit ».

17, 3: « modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit ».

« si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret ».

« si ad fulciendam insulam tigna commodasti ».

18: « si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferret ».

23: « si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum ».

Hò riportato una serie alquanto numerosa di esempi, perchè è soprattutto la loro abbondanza che fa impressione; il che anche dallo Schmidt non fu posto nella debita luce.

Il Vangerow replica che tali passi dimostrano bensì che tali determinazioni si usassero, non che fossero necessarie. Ma la dimostrazione s' integra appunto col confronto dei testi, che discorrono del precario, dei quali non uno accenna ad un determinato uso, a un fine determinato della concessione. Ora l' asserzione dello Schmidt, che la specificazione implicita od esplicita dell' uso desse all' atto carattere di commodato ed escludesse il precario, mi pare ben giustificata.

Non è possibile che sia mero caso che nella serie di testi concernenti il commodato sia di regola menzione dello scopo particolare, mentre in quella dei testi concernenti il precario tale scopo non appare mai. Qui la cosa è messa a disposizione del precarista, perchè se ne valga come crede. E questa è pur anche una delle ragioni per cui, ove non sia diversa la volontà delle parti, il precarista, a differenza del commodatario, suole possedere (1).

---

(1) Così anche il fatto che il concedente può revocare *ad libitum* (a differenza del commodante, D. 13, 6, 17, 3) riceve una nuova spiegazione. Chi concede una cosa in genere, perchè altri se ne serva, può richiamarla

La dimostrazione riceve novello rinforzo da un' altra circostanza, che è passata — che io sappia — inosservata. Nella materia del precario si discorre (come in quella della locazione) della rinnovazione esplicita e della rinnovazione tacita, che ha luogo quando è scaduto il tempo, per cui fu fatta la concessione, e il precarista seguita senza opposizione a tenere la cosa: « intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogavit possidere, rursus precario concedere » (cfr. D. 43, 26, 4, 4; 5; 6 pr.). Nulla di tutto ciò dicesi a proposito del commodato. E infatti, se questo è per un uso determinato, è chiaro che non può discorrersi di rinnovazione; terminato l'uso, tutto è terminato; una seconda concessione per il medesimo uso non sarà già reintegrazione del rapporto anteriore, ma novella causa di novello rapporto.

Si è replicato dagli stessi avversari che da alcuni testi appare non essere così rigorosamente delimitato l' ufficio specifico del commodato; si citano specialmente i seguenti frammenti:

Pomp. 38 ad Q. M., D. 47, 2, 77 (76) pr.:

« Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, *si existimavit se non invito domino id fa-*

---

a sè quando crede, ancorchè in un momento intempestivo per il concessionario, giacchè egli non è tenuto a sapere in che circostanze versi costui, il quale d' altronde non ignora la precarietà del suo godimento. Ma chi concede la cosa per un determinato uso non può non sapere le circostanze dell' utente e non può andar contro la sua parola data, che era di procurare non l' uso in genere, ma quel determinato servizio. Il VANGEROW poi nel citato luogo conchiude (cfr. WINDSCHEID, § 576 cit.): " das einzig Wesentliche ist vielmehr, ob der Konzedent ein negotium contrahiren und also auch sich selbst obligiren will ". A confutare questa strana dottrina, che del resto ripugna alle idee oggidì più ricevute intorno alla natura del negozio giuridico, basterà arrecare un testo solo e decisivo, il fr. 12, 2 *h. t.*: " Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: *idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri: plerumque enim accidit ut extra id quod agitur tacita obligatio nascatur* ". Qui certo non si intendeva di *contrarre un negozio,* e il commodante era così lontano dalla intenzione di obbligare sè stesso, che non credeva neppure di obbligare il commodatario. Cfr. SCHMIDT, l. c., p. 166.

cere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: *commodati an teneatur*, in culpa aestimatio erit, idest an non debuerit existimare id dominum permissurum ».

Inst. 4, 1, 7:

« Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intellegant id invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum, ac, si permissum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur » (1).

Comincerò ad avvertire, che tali passi (aggiungi Inst. 4, 1, 6 e Gai. 3, 196) confermano che l'uso concesso nel commodato è determinato da uno scopo specifico. Solo così si capisce, come si possa scrivere « si quis utendam rem acceperit eamque *in alium usum* transtulerit » (2). Si noti bene: il giurista non dice « si quis in quem usum rem acceperit eamque etc. », ma dice senz'altro « utendam rem acceperit » poichè tale negozio (e cioè il commodato) non può darsi che per un determinato uso. Cfr. anche D. 13, 6, 5, 8 « qui *alias* re commodata utitur etc. ».

Il passo delle Istituzioni giustinianee (4, 1, 7) e il relativo passo delle Istituzioni di Gaio (3, 197) non hanno veruna relazione con la questione presente. Essi si riferiscono all'altra, se chi usa della cosa commodata altrimenti che nel modo pattuito commetta furto. A commettere il furto richiedesi l'*affectus furandi*, ossia lo scopo di lucro e la scienza di andare contro il volere del domino. Tale scienza non vi ha senz'altro in chi esorbita dall'uso pattuito, giacchè deve concedersi la possibilità che il domino avrebbe acconsentito. Ciò è affatto indipendente dalla esistenza di un vincolo contrattuale. Per es., io mi reco nell'orto di un amico a cogliere frutta, presumendo il suo consenso; qui non esiste fra noi alcuna relazione

---

(1) Cfr. Gai. 3, 197.

(2) Cfr. gli esempi: " si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit "; " si quis equum gestandi gratia commodatum longius (del luogo destinato) aliquo duxerit ".

contrattuale, nè si tratta di mera usurpazione a fine di uso, ma di completa appropriazione della cosa, eppure non si dà furto (nemmeno nell' ipotesi che poi l' amico si sdegni) per ragione della mia buona fede. Ciò che sta, quando non siavi alcun rapporto contrattuale, perchè non dovrebbe stare, data l' esistenza di esso? Poichè qui la presunta concessione del domino non dipende che dalla conoscenza personale, che di lui ha l' utente [1], e dalle preesistenti attinenze di parentela, amicizia, benevolenza etc.; e non ha quindi con il contratto medesimo relazione veruna.

Maggiore difficoltà può forse presentare D. 47, 2, 77 pr., dove il discorso non concerne la sola azione di furto, ma si estende a quella di commodato: ad ogni modo, l'ostacolo non regge ad una seria considerazione. Tanto varrebbe il dire, non essere vero che il depositario non ha l' uso dell' oggetto depositato, per il motivo che, se egli usa presumendo la volontà del deponente, non commette furto e non è tenuto con l' azione di deposito. La verità è che il deposito è per sua natura diretto alla custodia della cosa *(rem servandam dare)*, come il commodato è diretto ad un uso determinato di essa; se nell' una e nell' altra ipotesi, presumendosi la volontà del concedente, viene usata la cosa o viene usata in modo diverso dal pattuito, non se ne risponde con l'azione contrattuale (nel caso del commodato però solamente, quando l' opinione dell' utente si fondi sopra una base solida e seria); il che dipende dalla qualità di buona fede del giudizio stesso. Ciò nulla toglie alla natura del contratto; giacchè si colpiscono non le deviazioni materiali dall' ordinamento suo, ma le lesioni formali, imputabili a malizia o a negligenza delle parti contraenti.

Se da una parte il commodato ha stretti rapporti con il precario e con la locazione, dall' altro si incontra con la donazione. Esso è dichiarato *beneficium* (D. 13, 6, 17, 3), e non a torto, se si considera l' ordinaria sua funzione. Non è però essenziale al commodato lo scopo di beneficare altrui; già Cicerone parla di un commodato fatto nell' interesse del commodante: *de fin.* 2, 35, 117: « *nec*... cum tua causa cui commo-

---

(1) Schol. ad D. 47, 2, 76 (Bas. F. 7, 365): τουτέστιν εἰ φιλίαν ἔχει τοσαύτην πρὸς τὸν δεσπότην, ὥστε εὐλόγως πιστεύειν κτλ.

des, ***beneficium illud habendum est, sed faeneratio***; nec gratia deberi videtur ei, qui sua causa commodaverit ». Le fonti danno l'esempio di chi offre per ragione di carica spettacoli al pubblico e commoda vestiario etc. agli attori. Tale commodato *commodantis causa factum* ha speciali norme, di cui discorreremo; risulta, intanto, che la funzione di recare un beneficio non è essenziale a questo negozio [1]. Il commodato normale, poi, che arreca un beneficio all' utente, si distingue dalla donazione, perchè direttamente non apporta nè un arricchimento al commodatario, nè un impoverimento all' utente.

In taluni casi la distinzione può essere praticamente difficile. Arrecherò la specie dell' abitazione gratuitamente concessa. Che una casa possa commodarsi ad un determinato scopo, per esempio per celebrarvi una festa, per passarvi il periodo della convalescenza etc., non è mai stato dubbio [2]. Cfr. già *auct. ad Her.* 4, 51, 64: « ait se aedes maximas cuidam amico *ad nuptias* commodasse ». Si domanda quale sia il vero significato del D. 13, 6, 1, 1: « Vivianus amplius etiam *habitationem* commodari posse ait ». Di solito ciò s' intende nel senso che si possano dare in commodato anche *res incorporales*; per es., l'esercizio di un *ius habitationis* [3]. E taluni hanno perfino pensato ad una costituzione di *ius habitationis* mercè commodato [4]; mentre altri (soprattutto per la ragione non principale e non inoppugnabile [5] che altrimenti non sarebbe pos-

---

[1] Invece tale finalità è necessariamente compresa nel precario. E si capisce. Questo non si riferisce a un uso speciale della cosa e non può non tornare utile al precarista, che impetra la concessione. Il commodato invece si riferisce ad un uso particolare e questo può essere tale, da non giovare che al commodante. Cfr. D. 43, 26, 14: " ... ad donationis et beneficii causam spectat precarii condicio ... ".

[2] Diversamente, ma per evidente abbaglio, l' ASCOLI nel *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, VI, p. 199.

[3] Già i greci. Cfr. Stefano *ad h. l.*: " σημείωσαι δὲ ὅτι ἐπὶ ἀσωμάτων χώραν ἔχει τὸ commodaton, δυνάμεθα γὰρ habitationa κιχρᾶν ". Lo Stefano stesso rimanda poi alla sua paragrafe ad D. 19, 5, 17, la quale disgraziatamente è andata perduta. Cfr. ILLIGERO, *ad Donell. Comm. i. c.*, XIV, 2, 2 (*Opp.*, ed. Lucca, III, 995).

[4] VOET, *ad Pand.*, XIII, 6, n. 1; cfr. VII, 8, n. 6.

[5] Con ciò non vogliamo difendere il WISSENBACH, *Exerc. ad Pand.*, I, 27, n. 9.

sibile la restituzione in natura) hanno pensato al caso di chi avesse il *ius habitationis* e ne commodasse altrui l'esercizio (¹). Già si oppone D. 7, 8, 10 pr., ove si enumerano le facoltà del titolare di un *ius habitationis*, e non si fa cenno di quella di commodarne l'esercizio, si parla anzi in modo da escluderla (²). Ma più si oppone il passo parallelo D. 19, 5, 17 pr.: « Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse; sed est tutius praescriptis verbis agere ». Qui il caso è meglio spiegato: si tratta di *dare gratuitam habitationem*, frase che si trova altrove nelle fonti (³) nell'evidente significato di concedere di abitare gratuitamente una casa, non in quello di cedere l'esercizio di un diritto reale di abitazione. Ciò toglie ogni forza all'argomento, che si può dedurre e si è infatti dedotto (⁴) dalla parola *amplius* usata in D. 13, 6, 1, 1. Il frammento dichiara prima ammissibile il commodato di cose immobili; l'*amplius*, si dice, accenna a qualcosa di più e di diverso, donde è ovvio riferire l'*habitatio* alle cose incorporali. Ma *amplius* può intendersi nel senso di *anzi*, *perfino*, e il passo tradursi così: « Bene si dice commodata anche una cosa immobile, come stima pure Cassio; anzi Viviano dice che il commodato può consistere anche nella gratuita concessione di abitare una casa (che fra tutte è l'ipotesi più controversa) ». Rimane appunto da vedere, perchè qui si fosse alieni dall'ammettere un commodato, tanto che in D. 19, 5, 17 pr. si suggerisce come praticamente più sicura un'altra strada e altrove non troviamo mai concepito il negozio siccome commodato. Troviamo, anzi, in una singolare contrapposizione « per eos quoque apud quos deposuerimus, *aut* quibus commodaverimus, *aut* quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur (Gai. 4, 153) ».

La ragione dell'accennato trattamento non può essere che in ciò, che la concessione della abitazione è qualche cosa che sembra esorbitare i limiti del commodato. Questo negozio deve

---

(¹) Cfr. DUARENO, *ad h. t.*, c. II; FABRO, *De error. pragm.*, 77, 7; GLUECK, *Ausführl. Erl. der Pand.*, XIII, p. 450 sgg.

(²) OROZ, *De apicibus iur. civ.*, III, 7, n. 8, che però insiste solo sul " *donare* non poterit „. V. avanti.

(³) Per es. Gai. 4, 153: cfr. D. 43, 26, 15, 1.

(⁴) Per es. GLUECK, l. c.

avere un fine ben determinato; si comprende un *commodare aedes ad nuptias,* non si comprende facilmente un *commodare aedes* per la gratuita abitazione, la quale rappresenta un uso vario, complesso e non esattamente determinabile *ab initio.* Si dà spesso un' altra ragione; si dice, cioè, che il concedere una gratuita abitazione cade sotto il concetto di donazione. E all' uopo si citano D. 39, 5, 9; 27; 32. 24, 1, 18 e anche D. 43, 26, 15, 1. Cominciamo ad escludere affatto D. 24, 1, 18, come quello che non appartiene alla nostra questione. In esso si dice: « si vir uxoris aut uxor viri servis aut vestimentis usus vel usa fuerit, vel *in aedibus eius gratis habitaverit,* valet *donatio* ». In questo passo *donatio* è usato nel senso più lato, cioè di beneficio economico altrui procurato; e che appunto non sia usato in senso tecnico, prova il fatto che l' operato è valido anche fra coniugi (1). Del resto il passo proverebbe troppo, giacchè si estende anche all' uso dei servi e del vestiario, che niuno ha dubitato potere formare valido oggetto di commodato (2). Il passo pertanto si tradurrà così: « Se il marito avrà usato dei servi o degli oggetti di vestiario della consorte, o viceversa, o se avrà gratuitamente abitato in casa di lei, il beneficio non cade fra le vietate donazioni ». E così possiamo escludere D. 43, 26, 15, 1:

« Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare ».

La ragione, si dice, per cui tale concessione non costituisce precario è la stessa, per cui non può costituire commodato; cioè il fatto che il negozio va considerato come donazione. Ma tale non può essere il senso del testo.

Il giurista non dice che non consiste o non sorge il precario, ma dice che l' atto non suole interpretarsi come un precario; il che non esclude la possibilità di un precario

---

(1) Vedi però ora Ascoli, *Concetto della donazione*, p. 3 sgg. Secondo questo autore l' assenza del concetto tecnico di donazione in simili casi dipenderebbe da ciò che in essi manca l' attribuzione di un diritto principale. Cfr. l. c., p. 110.

(2) Che l' uso di una cosa sia valutabile in denaro, non è naturalmente sfuggito ai romani: per es. D. 22, 1, 19 pr. 1.

avente tale obbietto, ma esclude che di regola le parti in tal caso abbiano in animo di addivenirvi. E la ragione è senza dubbio più chiara per gli ospiti: il rapporto di ospitalità è contrario a quella specie di inferiorità, in cui suol trovarsi il precarista di fronte al concedente; inoltre esso crea un complesso di doveri non compatibili con la fragilità del precario. Negli altri casi, in cui taluno *accipit gratuitam habitationem*, la ragione, per cui non si deve essere corrivi ad ammettere un precario, è certo la fragilità e la liberissima revocabilità (anche intempestiva) di questo rapporto, che per un fatto tanto importante alla vita umana, come l'abitazione, è di gravissimo inconveniente. Del resto, male si negherebbe che il precario di abitazione sia possibile. C. 8, 9, 2 nomina espressamente il *precario habitans* e l'obbligo dei suoi eredi di *restituere habitaculum*. E un vero precario deve scorgersi in Scevola D. 39, 5, 32, nel passo cioè addotto dai sostenitori della contraria opinione, benchè sia stato dai compilatori inserito nel titolo *de donationibus* (1):

« Lucius Titius epistulam talem misit: 'ille illi salutem. hospitio illo (2) quamdiu volueris utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio': quaero, an heredes eius habitatione eum prohibere possunt. respondit secundum ea quae proponerentur heredes eius posse mutare voluntatem ».

Tale volontà avrebbe dunque potuto mutare anche il concedente stesso: cfr., del resto, D. 43, 26, 8, 1. La concessione era bensì stata fatta *quamdiu volueris*; ma, come è noto e come abbiamo visto, simili espressioni non mutano la natura del precario e non tolgono la sua libera revocabilità. Si comprende, invece, senz'altro perchè una così determinata concessione non potesse considerarsi come commodato.

---

(1) Cfr. già SCIALOJA, *Del precario*, p. 23, n. 1. Ora la cosa sembra fuori di dubbio, giacchè il passo nell'opera genuina di Scevola dovette trovarsi sotto la rubrica *de precario*: cfr. LENEL, *Palingenesia*, 2, 313. A torto quindi l'ASCOLI considera il passo come riferentesi, anche per il diritto classico, ad una donazione, *Bull. ist. dir. rom.*, VI, p. 200.

(2) Nel senso di abitazione: cfr. C. 8, 9, 2.

A D. 39, 5, 32 si contrappone D. 39, 5, 27 di Papiniano:

« Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: 'quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti'. defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse ».

Il rapporto fra i due passi è di solito configurato nel seguente modo [1]. Le donazioni vanno interpretate restrittivamente; ora, se taluno concede ad altri la gratuita abitazione, non devesi credere che la concessione abbia a durare oltre la vita del concedente. E così si spiega D. 39, 5, 32. Ma nel caso studiato da Papiniano tale interpretazione restrittiva non è opportuna, poichè non si tratta di mera liberalità; si tratta di « ἀντίδωρον et quasi merces doctrinae », e ciò, anzi, consiglia a dare una interpretazione favorevole al concessionario. Ma questa esegesi è incompatibile con la lettera dei due passi. D. 39, 5, 32 non dice che la liberalità è da ritenersi limitata ai termini della vita del concedente; ma dice che vi è facoltà negli eredi di questo di cambiare volontà e revocare. Ciò presuppone, come abbiamo visto, che tale facoltà competesse al concedente, e, insomma, il passo non si spiega bene se non presupponendo un precario. Nè il frammento di Papiniano è per sè tale da recare ostacolo. Nel caso di Nicostrato il giurista non trova che siavi mera liberalità (*donatio* in senso lato, che comprende benissimo anche il precario), ma che la concessione abbia quasi carattere di mercede e meriti quindi diverso trattamento [2]. L'ipotesi respinta da Papiniano parmi appunto quella di un precario; giacchè solo così possono spiegarsi le parole « non videri donationem sequentis temporis inritam esse ». Se si trattasse di una *donatio* limitata alla

[1] Cfr. già Doroteo, ad D. 39, 5, 27; CUIACIO, *Observ.*, 21, 37.

[2] Cfr. ASCOLI, *Concetto della donazione*, p. 88 sgg. V. anche *Bullettino* cit., p. 201.

vita del donatario, non si vedrebbe perchè, cessato il tempo cui era destinata, si debba dire *inrita*. Invece, ove si pensi al precario, si comprende come il giurista dica che la liberalità in seguito al mutamento di volontà del concedente o del suo erede ('donatio *sequentis* temporis') perde il suo fondamento, sicchè il possesso o l'uso del precarista riesce ingiustificato.

Rimane Pomp. 33 ad Sab., D. 39, 5, 9 pr.:

« In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio .... »

Da questo passo si ricava infatti che la concessione di abitare gratis un appartamento può anche costituire *donatio* in senso tecnico (che a questa pensi il giurista sembrami risultare dal § 1): nè osta che materialmente non siavi una *datio rei*, quando vi ha la remissione della mercede. Infatti, in questo ultimo caso si ha una vera e propria rinuncia ad un diritto a tutto vantaggio del debitore; mentre, come si è visto, ad esaurire il concetto di donazione non basta la semplice gratuità dell'uso. Occorre, a mio avviso, che il negozio si configuri come remissione di mercede già dovuta o pattuita. Per es., è stato conchiuso un affitto per alcuni anni e quindi il locatore rimette la mercede, dichiarando di volere per tal tempo lasciare abitare gratuitamente il conduttore. La quale interpretazione pienamente credo di giustificare con D. 34, 3, 16-18, i quali si riferiscono bensì alla materia dei legati, ma contribuiscono a recar luce sul nostro tema. Io qui non riferisco che i frr. 16 e 18, di cui l'uno è la continuazione dell'altro; entrambi son presi dal nono libro di Paolo *ad Plautium*.

D. 34, 3, 16:

« Ei cui fundum in quinquennium locaveram legavi, quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitve, ut sineret heres sibi habere. Nerva Atilicinus, si heres prohiberet eum frui, ex conducto, si iure locationis quid retineret, ex testamento fore obligatum aiunt, quia nihil interesset, peteretur an retineret: totam enim locationem legatam videri ».

D. 34, 3, 18:

« Cassius: Etiam si *habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet* » (1).

Apprendiamo che un modo di *praestare gratuitam habitationem* è quello di non chiedere la mercede di una preesistente locazione; che dicesi legato di *habitatio* (non del *ius in re* di tal nome) anche l' ordine dato all' erede di non chiedere l' affitto di una locazione in corso.

Si comprende poi che vien meno il concetto di commodato, quando l' *uti* coincida con il *frui* e sia destinato a trarre un provento diretto dalla cosa. Giacchè in tal caso viene ad aggiungersi un novello elemento, l' acquisto dei frutti o proventi. Un fondo, per es., potrà essere commodato per impiantarvi un provvisorio edificio di legno, per alcune esercitazioni etc., ma non per coltivarlo e raccoglierne i frutti. Un simile negozio cadrebbe sotto altra categoria.

Una prova di ciò io veggo specialmente in D. 19, 5, 16, 1:

« Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi, nec pateris me fructus tollere. *nullam iuris civilis actionem esse* Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo ».

Qui il fondo è concesso per un uso determinato e tuttavia il giurista non conosce alcuna *actio civilis*, che serva all'uopo. Pensa dubitante ad un' *actio in factum*; ad ogni modo ammette l' ultimo rifugio, *actio doli*. La ragione non può essere altra che questa: l' uso del fondo *ut fructus tollerem* non si accorda con la natura del commodato.

Invece in altre ipotesi cessa il commodato, perchè non si può discorrere di un vero uso della cosa da parte di colui che la riceve. Tali sono i casi, in cui taluno consegna altrui una cosa perchè ne stimi il valore etc. I giuristi romani ritengono che qui si abbia un negozio speciale, che ora si avvicina al deposito (quando cioè l' esame o la stima della cosa si in-

---

(1) Sul vero modo di coordinare i due frammenti ci siamo trattenuti altrove. Cfr. *Sui libri ad Plautium di Paolo*, Modena, 1894, p. 20 [in *Scritti*, II, p. 222].

traprende a beneficio di chi la consegna), ora al commodato (quando s' intraprende invece a beneficio di chi la riceve o a beneficio comune). Quando non valgono l'*actio in rem*, l'*actio ad exhibendum* e i rimedi contro il furto, si permette agire *praescriptis verbis*. Questa dottrina fa evidentemente capo a Papiniano nell'ottavo libro delle sue *Quaestiones* (D. 19, 5, 1, 2; 17, 2: cfr. D. 47, 2, 79 [78]) (1). Ulpiano in D. 13, 6, 10, 1 pone apparentemente senza risposta il quesito: « si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est »; ma in fatto la risposta è implicita in quanto segue, come ha già visto lo Stefano, ed è in buona sostanza l' insegnamento di D. 19, 5, 17, 2. Papiniano ha opportunamente avvertito, del resto, che « si quis pretii explorandi gratia rem tradat » (che sostanzialmente non differisce dal « rem inspiciendam tradere ») *neque depositum neque commodatum est*. Mentre però Ulpiano fa comprendere che tale negozio può essere simile al commodato (D. 13, 6, 10, 1), nell' altro passo, sulla scorta dello stesso Papiniano, riconosce che in qualche ipotesi, e cioè se vi interviene il solo interesse del tradente, *prope depositum hoc accedit*.

Vedi pure D. 19, 5, 17, 4:

« Si, cum mihi vestimenta venderes (2), rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem (3), mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum (4): ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere ».

Precisamente le regole del commodato!

---

(1) Ai tempi repubblicani (e poi nella scuola sabiniana) dovette concedersi all' uopo un' *actio in factum*. Cfr. Alfeno, D. 19, 5, 23 pr.: " Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus (s' intende per sua colpa) et in Tiberim devolulus est. respondit posse agi cum eo in factum actione „.

(2) " avendo tu intenzione di vendermi capi di vestiario „.

(3) È una forma del negozio " rem inspiciendam accipere „ nell' interesse dell' accipiente o almeno nell' interesse comune.

(4) Nel genuino testo il discorso indiretto pendeva, secondo ogni verosimiglianza, da un " Papinianus scripsit „. Che Ulpiano citi appunto uno scrittore risulta anche dalle parole " *ex quo* etc. „.

CAPITOLO III.

I soggetti del commodato. L' oggetto del commodato.

Per commodare validamente una cosa non è necessario averne il dominio; il *commodans* o *commodator* può essere anche un semplice possessore: « commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus », come scrive Paolo (D. 13, 6, 15). Ma neppure è necessario il possesso: anche un semplice detentore commoda validamente. S' intende, restando semplice detentore, senza usurparsi indebitamente il possesso e senza ledere i diritti del domino. Così può certamente commodare l' usufruttuario (D. 7, 1, 12, 2); anche il *conductor rei*, che a sua volta può *rem locare*, può anche senza dubbio commodarla. Invece talune categorie di possessori, che non hanno libera facoltà di uso (creditore pignoratizio, sequestratario), non possono commodare senza lesione dei diritti altrui; così pure molte categorie di detentori, per es. il depositario, il commodatario [1], il conduttore in una *locatio faciendi* [2], chi ha assunto il mandato *rei perferendae* o *custodiendae* etc. Anzi, neppure il *conductor rei* può sempre commodare la cosa; non può, quando il fine del commodato ecceda i termini della locazione: per es., chi ha a nolo il servo altrui non lo può commodare, perchè sia costituito in pegno. Di regola, però, se in tali casi il commodante offende i diritti altrui, si rende responsabile di lesione contrattuale ed eventualmente anche di furto, ma il commodato non cessa di essere valido. Il furto che commette il commodante sarà *possessionis*, se intende ormai disconoscere il vincolo che lo lega con il domino e trattare come sua la cosa; altrimenti sarà un semplice *furtum usus*. In tal caso, ripetiamo, il commodato è valido; giacchè anche il ladro commoda validamente, cfr. D. 13, 6, 16 « ita, ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem ». Nè importa che la conchiusione

---

[1] D. 47, 2, 55 (54), 1: " Eum qui... utendum accepit, si ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est „. Da D. 41, 2, 30, 6 non si evince la liceità di tale commodato; ma solo la possibilità.

[2] Cfr. D. 47, 2, 48, 4. Il precarista, abbia o no il possesso, può certamente commodare, come può dare in precario la cosa: arg. D. 43, 26, 8 pr.

del contratto coincida proprio con la consumazione del furto; anche così il contratto viene in essere. In D. 13, 6, 14 si fa il caso di chi prende in commodato la cosa dal servo altrui, conoscendo che ciò avviene a insaputa o anzi contro la volontà del padrone, e si dice: « et commodati et furti nascitur actio ». Commodato e furto, che vengono ad essere mercè lo stesso atto; poichè il furto si commette appunto ricevendo la cosa *invito domino* e con la tradizione si conchiude il commodato. Il servo pure commette furto; benchè per la sua condizione non possa sorgere a pro' del domino l'azione di furto contro di lui.

Se noi pertanto prescindiamo dalla liceità dell'atto e ne consideriamo puramente l'efficacia, potremo conchiudere che chiunque ha la materiale disponibilità della cosa commoda validamente; non solo il possessore di mala fede, ma anche il ladro; non solo il ladro, ma anche colui che commette furto nell'atto medesimo, con cui commoda.

Ciò per altro non vuol dire che sempre sia possibile il raggiungimento del fine, per cui il commodato è conchiuso. Se chi non è proprietario commoda altrui la cosa *ut creditori pignori detur*, il pegno non è valido perchè di cosa altrui senza il consenso del domino; è però valido il commodato.

Nè tutte le conseguenze giuridiche, che si hanno nel caso tipico in cui il commodante sia il *dominus rei*, si riproducono sempre negli altri casi. Qui accenneremo solo, poichè siamo invitati dal commento di Stefano a D. 13, 6, 16 (Hb. II, 17), all'azione di furto *(usus)* competente al commodante contro il commodatario, che esorbiti dai confini dell'uso concessogli. Lo Stefano concede tale azione perfino al ladro e al predone commodanti: οὕτω δύνανται καὶ τὴν furti κατ' αὐτοῦ κινεῖν, ἐὰν ἄλλως, ἤπερ ἔλαβεν παρ' αυτῶν, χρήσεται τῷ πράγματι. Ma tale asserzione mi pare poco attendibile. È anzitutto assai dubbio se il *furtum usus* si commetta di fronte a chi non sia il *dominus rei* (cfr. Gai. 3, 196 sgg. D. 47, 2, 41 pr.; 77 (76)); ad ogni modo la regola posta dal maestro beritese sembra in contraddizione con il principio che « fur de improbitate sua (furti) non consequitur actionem ». Cfr., per es., D. 47, 2, 11; 12, 1. Un'applicazione della regola ad un caso molto vicino al nostro si trova in D. 47, 2, 14, 3-4. Ivi si tratta del depositario, che risponde verso il deponente del furto operato da un terzo sulla cosa, poichè tale furto ha potuto aver luogo mercè il suo doloso contegno. Si

chiede, se, essendo così compromesso dal furto l' interesse del medesimo depositario, costui abbia l' *actio furti*; ma Ulpiano risponde « non debet ex dolo suo furti quaerere actionem ». E aggiunge una gravissima testimonianza di Giuliano: « quia *in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sint*, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit ». La tesi vien poi ripresa in D. 47, 2, 14, 8 a proposito del commodatario: « si is cui commodavi dolo fecerit circa rem commodatam, agere eum furti non posse ». Il commodatario, che commoda altrui la cosa, versa in dolo (almeno di regola) e commette furto, cfr. D. 47, 2, 55 (54), 1; il suo dolo versa precisamente *circa rem commodatam*: è dunque proprio nella ipotesi di non potere *furti agere*. E se l' azione appare esclusa in D. 47, 2, 14, 3-4 rispetto al *furtum rei ipsius*, di cui il contraente infedele ha la responsabilità verso l' altra parte, quanto più sarà esclusa rispetto al *furtum usus*, che non concerne direttamente che il suo interesse personale indegno di siffatta tutela?

Una ragione di dubbio può solo derivare da D. 47, 2, 48, 4. Si avverta però che tal passo deriva dallo stesso mcomentario *ad Sabinum* di Ulpiano, da cui è tolto D. 47, 2, 14. Ecco il brano:

« Si ego tibi poliendum vestimentum locavero, tu vero inscio aut invito me commodaveris Titio et Titio furtum factum sit, *et tibi competit furti actio, quia custodia rei ad te pertinet*, et mihi adversus te, quia non debueras rem commodare et id faciendo furtum admiseris [1]: ita erit casus, quo fur furti agere possit ».

Avvertiamo prima di tutto che da tale decisione nulla si può dedurre a favore dell' opinione dello Stefano, poichè essa non concerne che il *furtum rei* operato da un terzo a danno del commodatario stesso esorbitante nell' *usus rei* [2].

---

[1] Cfr. D. 47, 2, 75 (74).

[2] Di opinione diversa è il PAMPALONI, *Studi senesi*, vol. X, p. 112 sg. Secondo l'egregio romanista si dovrebbero anzi ritenere interpolate in D. 47, 2, 14, 4 le ultime parole " qui eam contrectavit „; il passo si riferirebbe a un *furtum ope consilio*. Ma si veggano le cose ragionate nel testo.

È piuttosto malagevole la conciliazione di tal passo con gli altri.

Non solo esso contrasta con tutti i passi che negano al *fur* l'*actio furti*, tanto che si tratti di un *fur rei ipsius*, quanto che si tratti invece di un *fur possessionis* o *usus*; ma esso presenta un'altra grave singolarità. Secondo la dottrina dei giuristi classici [1], di regola l'*actio furti* spetta al commodatario e non al commodante, sufficientemente coperto con l'*actio commodati*; solo nel caso d'insolvenza del commodatario cessa l'interesse di questo e con l'interesse la facoltà di agire; risorge invece e l'interesse e la facoltà del commodante. Come si concilia con una dottrina così sicuramente affermata il nostro passo, che neppure fa menzione dell'azione del commodatario (il quale, notisi per giunta, potrebbe anche essere affatto in buona fede e quindi estraneo al furto e degnissimo di tutela) e si parla di quella del commodante? Sta bene che nella ipotesi nostra il commodante sia tenuto verso il locatore, perchè obbligato alla *custodia*; ma non è munito dell'*actio commodati* [2]? Non è però alieno il sospetto che il passo abbia risentito la mano dei compilatori, i quali potevano essere mossi all'alterazione del primitivo dettato del giurista dalla nota costituzione di Giustiniano [3]. Tale riflesso può scagionare da una ineleganza (a mio modo di vedere, anzi, da un errore) il giurista classico; ma non rimuove la decisione del diritto giustinianeo. Del resto, pur nell'ambito di quest'ultimo l'annotazione stefanea parmi erronea; da una decisione non si può affatto argomentare all'altra, mancando ogni analogia ed essendo contrari tutti gli altri testi, in cui il punto è toccato di proposito.

Commodare si può per regola a chiunque, meno che al proprietario della cosa: cfr. D. 16, 3, 15: « Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut pre-

---

(1) Per es. Inst. 4, 1, 16 (18).

(2) Così si risponde alla motivazione " quia custodia rei ad te pertinet ". Non importa che sia tenuto anche con l'*actio furti*; questa conduce ad una pena ed è precisamente nell'ufficio di questa di recare un sacrifizio al punito, altrimenti risulterebbe illusoria e ridicola.

(3) C. 6, 2, 22, 12: cfr. Inst. 4, 1, 16 (18).

cario rogat, nec precario tenetur nec ex locato » (arg. D. 50, 17, 45 pr.). Una tal regola non deve peraltro assumersi come assoluta. Nel modo stesso che il domino della cosa la può in date circostanze condurre validamente o validamente assumere in precario, così devesi ugualmente pensare del commodato. Perchè, per es., il proprietario non potrà ricevere in commodato la cosa dall'usufruttuario o anche dal conduttore, quando egli ne abbisogni per un determinato scopo, mentre è privo dell'uso di essa? Le fonti affermano valido il precario concesso al debitore dal creditore pignoratizio, e anzi ne attestano il frequente uso nella pratica: cfr., per es., D. 43, 26, 11; non si vede perchè lo stesso non abbia a dirsi del commodato.

La maggior parte degli scrittori ritiene però (almeno per il diritto nuovo) che il commodatario non possa rifiutarsi (terminato l'uso stabilito) alla restituzione della cosa sotto pretesto di esserne il proprietario; ma bensì che egli debba anzitutto restituire *et sic de proprietate litigare* [1]. Con ciò viene a togliersi molta importanza al principio della nullità del *commodatum rei suae*, per non dire che si contraddice apertamente ad esso. Rimarrebbe solo applicabile il principio nel caso che l'*exceptio dominii* fosse liquida [2], e secondo alcuni scrittori [3] neppure in questo caso. Se però il commodante stesso ha trasferito il dominio al commodatario (o ha compiuto un negozio idoneo per sè a trasferirlo), non può dubitarsi che gli osti la *exceptio dominii* o la *exceptio doli* [4].

Veramente la regola che il commodatario, allegando il proprio dominio, possa rifiutarsi alla restituzione non è espressa nelle fonti nostre. Noi vi troviamo semplicemente detto che il conduttore non può con il pretesto della sua proprietà rifiutarsi alla restituzione della cosa a locazione finita (C. 4, 65, 23), ed è da questa legge che si viene argomentando per analogia. Io non so quanto l'analogia possa valere in una materia eviden-

---

(1) Cfr. per es. Leyser, *Medit. ad Pand.*, vol. 3, sp. 153, m. 2; Glueck, *Ausführl. Erl.*, 13, p. 470; Haimberger, *Diritto rom.*, 506 n. 1; van Wetter, *Obligations*, vol. 3, p. 70. Cfr. per altro Vening-Ingenheim, *Lezioni*. 2, 168, 5; Muehlenbruch, *Pandekten*, 3, 646 n. 8.

(2) Glueck, l. c.

(3) Leyser, l. c.

(4) Thon, *Ztschr. f. CR. u. Proc.*, 1, p. 470 sg.

temente di *ius singulare*, com' è questa; non si vede ad ogni modo come mai tali passi si abbiano a interpretare così rigorosamente da estenderne la norma pur al caso, in cui sia liquida la proprietà del preteso commodatario, contro l' evidente dettato che *dolo facit qui petit quod est redditurus*. E ciò dopo essersi proclamata la nullità del *commodatum rei propriae* e riconosciuta la qualità di buona fede del giudizio!

Se la cosa viene commodata da un servo o *filiusfamilias*, l'azione di commodato viene secondo le regole generali acquisita al domino o al *paterfamilias* (e se più sono i domini del servo, si applicheranno parimenti le regole ordinarie di tale materia) (1). E non osta a tale acquisto il fatto, che il commodato avvenga all' insaputa o anche contro il volere del *paterfamilias* (D. 13, 6, 14). L' esservi o non il *iussus* o la scienza del *paterfamilias* influirà naturalmente sulla competenza e l' ambito dell' *actio contraria*. Se la cosa viene (senza *iussus* del *paterfamilias*) commodata al *filiusfamilias* o al servo, il *paterfamilias* stesso non è tenuto per il fatto di costoro che *de peculio* o *de in rem verso*; integralmente è invece tenuto per il fatto proprio. Il *filiusfamilias* poi obbliga anche direttamente sè stesso.

Cfr. D. 13, 6, 3, 4:

« Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso et directo quis poterit. sed et si ancillae vel filiaefamilias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum ».

Il passo sembra quasi staccare la condizione della *filiafamilias* da quella del *filiusfamilias*, non ammettendo contro di essa veruna persecuzione diretta. Eppure, come osserva egregiamente lo Stefano, οὐ μόνον ὁ ὑπεξούσιος ἀλλὰ καὶ ἡ ὑπεξουσία ἐκ τῶν πρὸς αὐτὴν συναλλαγμάτων καὶ αὐτοπροσώπως ἐνάγεται, ὥς ἐστὶ πανταχοῦ. Lo stesso commentatore spiega la dicitura del testo con ciò, che il giurista parla insieme anche dell'ancella, e non rileva quindi che il trattamento comune (2). La spiega-

(1) Cfr. per es. D. 45, 3, 5. 44, 7, 16. I passi sono, come si è visto, interpolati; ma la regola che con essi i compilatori hanno voluto insegnarci è certamente giusta.

(2) Heimbach legge: κοινῶς γὰρ περὶ ὑπεξουσίας καὶ **οἰκέτου** λέγων, εἰκότως τούτῳ ἐχρήσατο. Ma, naturalmente, devesi leggere οἰκέτιδος.

zione è buona; e infatti, a ben vedere, il *sed et* non implica contraddizione, ma semplicemente ripresa del discorso antecedente.

Il *furiosus* non può validamente commodare nè ricevere per commodato. Nella prima ipotesi competono contro il preteso commodatario l'*actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio* e le azioni penali *(furti, legis Aquiliae)*; nella seconda si dà contro il furioso l'*actio ad exhibendum, ut res exhibita vindicetur* (D. 13, 6, 2). Circa gl'impuberi cfr. D. 13, 6, 1, 2:

« Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate ».

Rimane però ammissibile l'*actio commodati utilis* nei limiti della locupletazione, secondo il noto rescritto di Antonino Pio (D. 13, 6, 3 pr.).

Se il commodato fu conchiuso con un impubere, questo non viene astretto dalla relativa obbligazione, neppure se continua nell'uso dopo di avere raggiunta la pubertà: *quia ab initio non constitit*. Contro di lui non saranno ammissibili che l'*actio ad exhibendum*, la *rei vindicatio* e le azioni penali. Queste ultime prima della pubertà, in quanto il pupillo poteva essere *culpae* o *doli capax;* dopo il raggiungimento di essa, senza eccezione.

In ciò pertanto il commodato differisce in più modi dal precario. Il precario può consistere anche a riguardo dell'impubere, che riceve: « Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit, Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri: nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritati » (D. 43, 26, 22, 1). E giustamente, poichè il precario non è un contratto e quindi non è soggetto alle norme della responsabilità contrattuale [1].

Oggetto del commodato non sono che gli infungibili; o meglio quelle cose che non si consumano con l'uso pattuito e che, dopo questo, possono venire restituite nella loro originaria integrità [2]. Il commodato si applica, come già vedemmo, tanto ai mobili quanto agli immobili. Se vengono commodate

---

[1] Cfr. Cuiacio, *Obs.*, 23, 21.

[2] Cfr. D. 13, 6, 3, 6; 4 e le notevoli illustrazioni dello Stefano.

più cose, aventi ciascuna autonoma esistenza, si hanno altrettanti contratti; non così se sono congiunte e non serbano la loro autonomia (D. 13, 6, 17, 4).

Si disputa fra gli scrittori se il commodato potesse applicarsi anche alle cose incorporali; più esattamente, se oggetto di commodato potesse essere l'esercizio del contenuto di un diritto. La più comune sentenza è negativa; si citano D. 13, 6, 1, 1 e più ancora D. 19, 5, 17 pr., dove è sconsigliata l'*actio commodati* per il caso in cui fosse stata ceduta gratuitamente una *habitatio*. Si suole aggiungere un argomento teorico: in tale ipotesi non sarebbe possibile una vera restituzione in natura della cosa ricevuta, come invece si esige nel commodato.

Circa D. 13, 6, 1, 1 e 19, 5, 17 pr. abbiamo già parlato. Essi non hanno molta importanza nella presente questione, essendo assai verosimile che in essi *habitatio* indichi l'immobile, la casa (tale per es. deve ritenersi il senso della parola in D. 33, 2, 40 '*illi cum illo habitationem lego*'; in D. 33, 2, 34 pr. *habitationes in domo* significa, come dal frammento stesso si ricava, la proprietà della casa; *habitationem locare* in D. 19, 2, 5 significa dare in affitto un appartamento; e così in molti altri passi, per es. D. 19, 2, 9 pr.-1; 19, 6; 24, 2; 28 pr.); ad ogni modo *habitatio* si assume per denotare la facoltà di usare di una casa a scopo di abitazione (sicchè oggetto diretto vien sempre ad essere l'immobile stesso) anzichè l'esercizio effettivo corrispondente al contenuto del diritto reale di abitazione. La ragione per cui D. 19, 5, 17 pr. sconsiglia l'azione di commodato è, del resto, quella che lo scopo della *habitatio* sembra troppo vago e complesso di fronte alla rigorosa determinazione dell'uso richiesta dal commodato.

Altri testi, che si possano addurre in questa materia, io non conosco fuorchè D. 8, 3, 24 (Pomp.):

« *Ex meo aquae ductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare:* Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus adquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est ».

A prima vista sembrerebbe potersi dedurre da questo passo la suscettibilità degli *iura in re* di formare oggetto di valido commodato; nel caso concreto il problema sarebbe stato risolto negativamente da Proculo e da Pomponio solo per l'ac-

cidentale aggravamento, che sarebbe provenuto al proprietario del fondo servente. Ma una più attenta considerazione dissolve tali apparenze. Il testo non parla di commodare la *servitus aquaeductus* [1]; ma di commodare *ex meo aquae ductu*, dove l'oggetto di commodare, facilmente sottinteso, è *aquam*. Labeone opina che il titolare di un acquedotto può permettere ai vicini di derivare acqua pei loro fini. Ora, l'acqua corrente in sè stessa considerata non è certo valido oggetto di commodato. Evidentemente Labeone usava qui la voce *commodare* nel generico significato di concedere gratuitamente, il che egli e Proculo potevano benissimo fare, in quanto che ai loro tempi tale designazione non era quella tecnica edittale del nostro contratto, come altrove si è visto. Tale generico significato della voce *commodare* è tutt'altro che insolito nei buoni scrittori: cfr., per es., Plauto, *Rud.* 2, 4, 21: « aquam, quam hostis hosti commodat; operam, quam civis civi commodat »; Cic. *de off.* 1, 16, 51: « ut quidquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto »; id. *fam.* 13, 32, 2: « ut iis omnibus in rebus, quantum tua fides dignitasque patietur, commodes » etc. Gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare. Se è ovvio che i giuristi che scrivono dopo la definitiva recensione dell'editto si astengano da tale uso della parola, nulla osta che in questo volgare significato essa potesse adoperarsi da quelli che scrivevano prima che ricevesse la sua consacrazione ufficiale.

Messi da parte come non probanti tali frammenti, rimane assai notevole come, mentre le fonti avvertono in numerosi passi che possa concedersi *precario* l'esercizio di un diritto reale [2], nulla di simile trovisi esplicitamente insegnato per il commodato. È tanto più notevole questo, mi pare, in quanto che il commodato è assai più largamente e diffusamente trattato che non il precario. E io credo appunto che tale silenzio sia qui eloquente e significhi che obbietto di commodato non possono essere che le *res corporales*.

---

[1] In sostanza si avvicina a questo modo di intendere il frammento anche il PEROZZI, *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, VI, p. 33, benchè del resto le nostre spiegazioni divergano parzialmente. Il PEROZZI però non si occupa che affatto incidentalmente del nostro passo, secondo lo scopo delle sue ricerche.

[2] Cfr., per es., i testi in SCIALOJA, *Precario*, p. 26 sg.

Tale persuasione si conforta con argomenti teorici. Si è detto da varii scrittori che le cose incorporali non possono formare oggetto di commodato, perchè non è escogitabile a loro riguardo la restituzione in natura. Pur senza ricorrere al concetto di *restitutio ficta* (1), mi pare che tale argomentazione non sia troppo forte. La restituzione in natura è pure richiesta nella locazione, eppur niuno dubita che si possano locare dei diritti (2): si pensi alla locazione dei *vectigalia*. Infatti la restituzione si ha, quando si cessa dall' esercizio corrispondente a quel determinato diritto e (ove occorra) si rimettono nel pristino stato le cose da quell' esercizio alterate. Non è questa, ma ben altra, la ragione che a mio avviso rende le cose incorporali inadatte a costituire oggetto di commodato.

Un commodato di crediti è affatto inconcepibile. La questione non potrebbe presentarsi che per i diritti reali; e infatti gli scrittori, che trattano l' argomento, non accennano che a questi. A ben vedere, anzi, ad una limitata serie di essi; poichè il pegno, l' ipoteca, il diritto enfiteutico per loro natura non si confanno in alcuna guisa coi termini del commodato.

Possono le così dette servitù personali formare oggetto di commodato? Una tale domanda può più esattamente formularsi in doppia forma. Chi ha l' usufrutto, l' uso etc. può concederne altrui il gratuito esercizio mercè un contratto di commodato? Ovvero il domino di una cosa (o chi altrimenti ha facoltà di disporne) può cederne altrui gratuitamente l' uso in modo che il cessionario eserciti il contenuto di tali diritti e l' atto di concessione assuma la natura del commodato? A questo secondo problema intendono certamente di alludere quegli scrittori, che parlano molto impropriamente di costituzione di usufrutto etc. mediante commodato.

Ai due problemi può darsi una risposta comune (per tacere degli argomenti che vigono solo per alcune categorie di tali diritti: per es., che il titolare dell' uso non può cederne gratuitamente l' esercizio). L' essenza del commodato sta in ciò, che tutto il negozio è retto da uno scopo particolare rigorosa-

---

(1) Wissembach, *Exercit. ad Pand.*, 1, 27, 9.

(2) Gli esempi, però, comunemente citati nei manuali (D. 7, 1, 12, 2. 7, 8, 2, 1; 4 pr.) sono locazioni di cose corporali.

mente determinato *a priori*; mentre tali diritti si riferiscono ad un uso multiforme vario e complesso, serviente ai più diversi scopi dell' utente. L' usufruttuario, purchè salvi intatta la sostanza, dispone liberamente, come il domino, della cosa; inoltre egli ne lucra i redditi, cosa incompatibile con la essenza del commodato. In più stretta misura tale libertà di disposizione compete all' usuario, allo *habitator*, al titolare delle *operae servorum*; ma pur sempre qui ci si affaccia una generalità di scopi raggiungibili mercè l' uso, che contrasta con la rigorosa limitazione del nostro contratto. Se alcuno dà a Tizio una cosa da usare per un determinato scopo, tale uso non risponde al contenuto di veruno fra gli accennati diritti, e non risponde per l' aggiunta determinazione; quindi non si può discorrere di cessione dell' uso come *res incorporalis*, ma solo di cessione dell' uso della cosa corporale medesima.

Anche rispetto alle servitù prediali il problema si duplica in modo affatto analogo. E a proposito avvertiremo come per la dottrina romana classica il titolare di una servitù non possa cederne altrui l' uso, poichè una simile cessione contraddice alla massima che le servitù aderiscono ai fondi e devono esercitarsi a vantaggio dei fondi stessi. Tant' è vero che *servitutem locare nemo potest* (D. 19, 2, 44) [1]. La questione si riduce pertanto a vedere se il proprietario può cedere gratuitamente altrui in forma di commodato l' esercizio di quanto costituisce il contenuto di una servitù prediale: per es., la facoltà di passare, attingere acqua etc. Tale quesito va risolto negativamente. Se io, per es., concedo a Tizio in genere di passare sul mio fondo, una concessione così larga e così svincolata da ogni motivo particolare non risponde alla natura del commodato;

---

[1] Cfr. il Perozzi, l. c., p. 22 sgg. Però noi divergiamo dal Perozzi nel modo d' intendere D. 8, 3, 24 [cfr. *supra*, p. 142 sg.]; v. Perozzi, p. 23. Nè possiamo per identiche ragioni accogliere lo svolgimento della relativa dottrina, quale è accennato da lui a p. 25. Il diritto giustinianeo conosce, secondo le buone osservazioni dello stesso Perozzi, deviazioni dall' accennata regola; ma esse devono intendersi strettamente (rimanendo ancora regola generale quella del diritto classico) e ad ogni modo tali deviazioni non hanno che vedere con la presente materia; cfr. lo scritto citato, p. 29 sgg.

se invece la concessione si riferisce a uno scopo transitorio e determinato, essa non risponde più alla natura del contenuto di una *servitus itineris*. Poichè le servitù prediali devono rispondere ad una utilità permanente del fondo, e contraddice affatto alla loro indole un uso concesso restrittivamente ad uno scopo transitorio.

Non così invece per il precario. L' uso nel precario è generale, o almeno non è necessariamente ristretto; nè la natura di esso esclude punto il godimento dei redditi da parte del precarista. Nulla osta, per es., che il contenuto di un usufrutto costituisca materia di concessione precaria. Ma neanche il contenuto di una servitù prediale ripugna al concetto di concessione precaria. Sta bene che tale concessione sia essenzialmente temporanea e revocabile; ciò non toglie per altro che essa sia destinata a soddisfare una permanente utilità del fondo, che la causa obbiettiva sia duratura. Appunto perchè non vi ha uno scopo determinato e transitorio, il contenuto della concessione risponde a quello di una servitù prediale e nasce una *iuris quasi possessio*; appunto perchè la concessione è revocabile, non sorge il diritto stesso: sorge una condizione di fatto rispondente alla natura del rapporto giuridico (1).

Sicchè, concludendo, diremo che le cose incorporali non possono costituire oggetto di commodato, non perchè vi sia fra i due termini una necessaria antitesi, ma perchè ragioni particolari alle singole categorie di diritti tolgono a questi la possibilità di formare materia di tale contratto (2).

---

(1) Oltre i notissimi frammenti dei Digesti (specialmente nel tit. 43, 26) cfr., per es., *Corp. inscr. lat.* I, n. 1215, p. 245; V, 1, n. 700 (p. 76), n. 2447 p. 237, n. 3472 p. 355; X, 1, n. 1285, p. 149; n. 4320, p. 424 etc.

(2) Io devo considerare come erronea la trattazione dello SCHMIDT, *Comm. und prec.*, § 7, pp. 117-135. Dal momento che egli aveva ben compreso la vera nota differenziale fra il commodato e il precario, non avrebbe dovuto confondere le due questioni e istituire un' unica ricerca " sulla possibilità di un commodato o di un precario di cose incorporali ".

La sua conclusione si è che è possibile tanto un commodato quanto un precario di usufrutto, abitazione, *operae servorum*, enfiteusi, qualora il concedente sia un titolare di tali *iura*, i quali pertanto abbiano a suo riguardo una esistenza autonoma, e gli possano essere restituiti. Il *dominus rei* non può che costituire una posizione di fatto analoga a quella che gode

Capitolo IV.

Le obbligazioni del commodatario.

La prima obbligazione del commodatario è quella di non dipartirsi da quel determinato uso, che fu tra le parti stabilito. Venendo meno a tale obbligo, egli, ove versi in dolo, incorre anche nel delitto di furto: *furtum usus* [1]. E versa in dolo quando egli sappia che siffatto uso eccedente il contenuto del contratto non sarebbe concesso dal commodante, che ne venisse a conoscenza. I passi che discorrono di tale figura del *furtum usus* designano di regola il commodante come *dominus;* e per vero vi ha motivo di ritenere che l'azione relativa si desse solo a favore del domino commodante. Gli ampliamenti notevolissimi, che l'azione di furto ha ricevuto per l'opera della giurisprudenza, non erano ugualmente richiesti nè tampoco desiderabili per questa specialissima configurazione del delitto. Del resto il commodatario, che si diparta dai limiti dell'uso consentitogli, risponde con l'azione contrattuale: *a)* per il lucro indebitamente percepito; *b)* per il danno, anche casuale, che abbia colpito la cosa. I quali punti meritano alcuni schiarimenti.

Ho detto anzitutto che il commodatario deve restituire il vantaggio procuratosi mediante l'illecito uso della cosa. Il punto non è avvertito da molti scrittori, ma non è perciò meno certo. Generalmente ripugna al concetto del commodato che il commodatario percepisca un arricchimento diretto e apparente [2]; un siffatto lucro consentito dal concedente farebbe

---

il titolare di simili diritti; ma ciò non va confuso con la concessione del gratuito esercizio di essi.

Tale conclusione è direttamente contraria alle fonti, che in materia di precario si esprimono affatto diversamente: D. 43, 26, 3; 15, 2; 2, 3, la cui forza probante non è certo diminuita dalle osservazioni dello Schmidt, l. c., p. 130 sg. In tutti i casi si tratta di immettere precariamente taluno in quella condizione effettiva, in cui sarebbe se il relativo diritto competesse.

Ad ogni modo ciò non concerne che il precario; rispetto al commodato cfr. quanto si dice nel testo.

[1] Cfr. *supra:* v., per es., D. 13, 6, 5, 8. 47, 2, 40; 54, 1; Quinto Mucio in Gellio, 6 (7), 15, 2.

[2] Cfr. cap. II [*supra*, p. 133 sg.].

trapassare il negozio in altra categoria. Qui poi, mancando il consenso, viene pure a mancare ogni ragione che giustifichi tale arricchimento. Nelle fonti troviamo deciso il caso, non in relazione al commodato, ma in relazione a un contratto molto affine. Cfr. D. 13, 6, 13, 1:

« Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei) qui experiundum dedit ».

Chi riceve una cosa da esperimentare è in condizione giuridica analoga a quella del commodatario; e, se egli la rivolge indebitamente a vantaggio proprio, deve rendere al concedente il ricavato profitto. Nè dobbiamo lasciarci muovere dalle successive parole del frammento: « neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit ». Tali parole, ove si volessero intendere in senso generale, darebbero una regola falsa. *Periculum* qui evidentemente significa il sopportare il caso fortuito (giacchè del resto per dolo e colpa risponde pure chi *quid experiundum accepit*); ora in tal senso il conduttore, per es., non sopporta il *periculum*, eppure ricava lecitamente lucro dalla cosa locata. Le parole pertanto di Pomponio vanno intese rigorosamente in relazione al caso esaminato. Uno, che intende comperare degli animali, se li fa prima dare in prova. Se egli intanto, dandoli, per es., a nolo, ne ricava un profitto, dovrà restituirlo al concedente, poichè la cosa non deve essergli di vantaggio, finchè il contratto di compravendita non sia conchiuso (tanto appunto significa la frase « finchè in lui non sia trapassato il *periculum* » [1], che è appunto l'effetto normale della conchiusione della compravendita).

Cfr. pure D. 19, 5, 20 pr.:

« Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiundos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum; nam inter nos hoc actum, *ut experimentum gratuitum acciperes*, non ut etiam certares ».

---

[1] Alquanto diversamente suolsi intendere il passo. Cfr. MOMMSEN, *Erörterungen*, I, p. 137.

Ma si dovrà anche andare oltre e ritenere che in alcune ipotesi (dove cioè risponda al carattere di buona fede di questo giudizio) il commodatario, che abbia esorbitato dall' uso concessogli, debba rispondere anche del vantaggio indiretto e non apparente che gli abbia procurato senz' altro l' uso della cosa, in quanto gli abbia fatto risparmiare spese di nolo etc. Si ponga, per es., che Tizio non soglia dare la propria cosa per un dato servizio, se non contro mercede, e che, avendola egli commodata per qualche altro fine a Caio, costui ne approfitti proprio per quell' uso; io non so perchè Caio non debba condannarsi a pagare quanto chiunque altro avrebbe prestato come mercede.

Inoltre il commodatario deve in tal caso rispondere anche del caso fortuito e della forza maggiore. Cfr., per es., D. 13, 6, 5, 7: « Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet. nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine »; fr. 10 pr.: « Eum, qui rem commodatam accepit, *si in eam rem usus est*, *in quam accepit*, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit »; fr. 18 pr.: « ... si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet ». La stessa regola in altri passi. Essa deve peraltro intendersi nel senso che l'avvenimento dannoso abbia proprio colpito la cosa in conseguenza dell' eccesso di uso da parte del commodatario; non vengono quindi in considerazione gli eventi, che avrebbero certamente colpito la cosa, anche se il commodatario si fosse rigorosamente attenuto ai limiti delle sue facoltà.

Una eccezione alla dottrina finora esposta arreca D. 47, 2, 77 (76) pr. già ricordato da noi. In esso Pomponio scrive:

> « Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur.... commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit aestimare id dominum permissurum ».

La decisione si riporta evidentemente alla responsabilità per il caso fortuito. I giuristi romani invocano, del resto, qui

pure la dottrina della *culpa*; la colpa sta appunto nell'esporre la cosa a possibili evenienze dannose contro la presumibile volontà del concedente. Ora, tale colpa svanisce, quando invece tutte le circostanze farebbero supporre anche all'uomo prudente che il concedente acconsentirebbe a tale uso. Il che però non toglie che si sieno oltrepassati i confini oggettivi del contratto; e quindi io ritengo che sempre deve ammettersi l'azione di commodato per estorcere al commodatario il vantaggio percepito da siffatta esorbitanza dall'uso concessogli, secondo le norme già da noi mentovate.

Alcuni giuristi moderni (1) (argomentando da C. 4, 65, 3) opinano che il commodante, il quale ne abbia bisogno, possa ritogliere (anche prima del compimento dell'uso pattuito) la cosa al commodatario, che ecceda i limiti consentitigli. Ma di tale questione ci occuperemo altrove, giacchè essa si collega con altre, di cui dovremo trattare.

Altro obbligo del commodatario è quello di adibire pur nei limiti dell'uso pattuito la diligenza del buon padre di famiglia: egli risponde del perimento e del danno, che dipende da una mancanza di tale diligenza. I vecchi nostri scrittori ritenevano obbligato il commodatario per la *culpa levissima* (2). Oggidì i limiti della responsabilità del commodatario sono vivamente contrastati (3). E per verità i testi offrono decisioni, almeno in apparenza, poco concordi, e le espressioni in essi contenute danno appiglio a dottrine diverse.

Perchè la nostra esposizione risulti ordinata, cominceremo ad esporre la dottrina dei bizantini, quale si rivela specialmente dal commentario di Stefano a D. 13, 6, 5. Tale frammento appartiene ai libri di Ulpiano *ad Edictum*, ossia è proprio di quella categoria di frammenti, per cui generalmente lo Stefano ha migliori materiali a sua disposizione e meglio rappre-

---

(1) Per es., VAN WETTER, *Oblig. en dr. rom*„ 3, 69.

(2) Cfr., per es., *Ius civ. contr.* (Francof. Lipsia, 1653), I, 706 sg.; VINNIO, *Inst.* (1768), II, 94; HEINECCIUS, *Inst. iur. civ.*, § 802 et n. ib.; GLUECK, *Ausf. Erl.*, 13, 632 sgg.

(3) Cfr. BARON, *Archiv für die civilistische Praxis*, 52, 65 e 78, 203 sgg.; GOLDSCHMIDT, *Ztschr. f. HR.*, 16, 316; BRINZ, *Pand.*, § 268; PERNICE, *Labeo*, 2, 334 sgg.; WINDSCHEID, *Pand.*, § 375, 8.

senta la tradizione beritese (1). Almeno dalla dottrina di Stefano potremo arguire le idee dei compilatori giustinianei, e non mi pare che tale punto di partenza sia trascurabile in tanto contrasto di opinioni.

« Quando il solo commodatario ritrae vantaggio dal contratto — scrive il citato commentatore — egli non è responsabile per il solo dolo, ma anche per la colpa, ossia la custodia, e per la *diligentia*. Nè qui per diligenza devesi intendere quella che egli suol porre nei proprii affari, ma quella che suole adoperare nella propria azienda l' uomo accuratissimo. Così scrive anche Gaio nel 44° libro dei Digesti (2). Una siffatta diligenza ben potrebbe chiamarsi custodia, non semplicemente e in genere, ma custodia oculatissima. E il commodatario deve infatti usare una custodia attentissima (se il negozio verte a sola sua utilità).... Per concludere, dunque, il commodatario, se il negozio è rivolto a vantaggio suo e del commodante, deve rispondere circa la cosa del dolo e della colpa, ossia della custodia; se invece ricava egli solo profitto dal negozio, deve rispondere del dolo e della colpa e della diligenza, ossia della più oculata custodia.... ».

Da questo brano si ricava che per il giurista la custodia, a cui secondo i testi è tenuto il commodatario nella normale ipotesi che il negozio sia conchiuso a suo esclusivo beneficio (cfr. Gai. 3, 205-206; D. 13, 6, 5, 14; Inst. 4, 1, 15 sg.), non è che una forma di diligenza. La custodia è una determinata serie di provvedimenti atti a preservare dal perimento, dalla perdita e dal danno la cosa; la diligenza è il grado di energia in tali provvedimenti richiesto.

Il commodatario (sempre secondo lo Stefano) è tenuto alla custodia ordinaria o semplice, quando il negozio è a comune vantaggio dei due contraenti; è tenuto alla custodia qualificata o diligentissima, quando il negozio è a suo profitto esclusivo. La custodia semplice consiste nell' assumere quei provvedimenti, che il commodatario suole del resto adibire per le cose proprie; la custodia qualificata consiste invece nell' usare quella cura, che il prudente *paterfamilias* suole adoperare circa

---

(1) Cfr. *Studii per l' 8° cent. Univ. Bologna*, p. 87 sgg. [e *Scritti*, II, p. 147 sgg.].

(2) Allude a D. 44, 7, 1, 4; cfr. Inst. 3, 14, 2.

le cose sue. Non bisogna lasciarsi ingannare da quel superlativo ἐπιμελέστατος usato più volte dal giurista greco; la sua dottrina nulla ha di comune con quella, già universale fra i romanisti, che nel caso del comune vantaggio d'ambo i contraenti il commodatario sia tenuto per *culpa levis* e in quello di suo esclusivo vantaggio per *culpa levissima*. Giacchè qui tale ἐπιμελεστάτη κουστωδία si contrappone alla *diligentia quam suis*, e non è pertanto nè più nè meno che la consueta diligenza del buon *paterfamilias*. Tanto meno poi è lecito identificare la custodia diligentissima dello Stefano con la custodia tecnica di Windscheid e Baron, e la custodia semplice con la custodia in senso lato o volgare dei predetti scrittori. La custodia per il giureconsulto bizantino non è che una forma, un'applicazione della diligenza; l'obbligo alla custodia s'identifica con l'obbligo di evitare la colpa (*culpa* ἤτοι *custodia*); inoltre è chiarissimo da quanto segue nello stesso commento, che in tale ἐπιμελεστάτη *custodia* non entra alcuna responsabilità per avvenimenti fortuiti (τυχηρά). Cfr. le parole δυνατὸν δέ ἐστιν, αὐτὸν, τὸν χρησάμενον λέγω, κτλ.

Io non esito a dichiarare che tale dottrina dello Stefano mi pare conciliabilissima con le fonti rispetto al diritto giustinianeo e mi pare sostanzialmente quella già professata dai giuristi classici. E, poichè tale affermazione può suscitare qualche maraviglia quale ritorno alle idee antiquate [1], così io credo bene esporre con qualche ampiezza le ragioni del mio opinare. Nè io potrò stare rigorosamente entro i confini della presente materia; necessariamente dovrò toccare alcune questioni generali attinenti al tema della custodia: ciò è tanto più naturale, in quanto che il commodato è quasi la sede precipua delle relative controversie [2].

Si è affermato ai nostri giorni, soprattutto dal Baron nei due citati scritti sulla custodia, che il commodatario sia tenuto alla così detta custodia tecnica, ovvero sia responsabile verso il commodante non solo del perimento o del danno cagionato dal suo dolo o dalla sua colpa, ma pur anche di quello derivante dal caso minore. La sua responsabilità circa la cosa commo-

---

(1) Cocceji, *Ius civ. contr.*, ed. cit. h. t., I. 713 sg.
(2) Cfr. Pernice, *Labeo*, 2, 354.

data eccederebbe i confini della colpa e arriverebbe fino a quelli della *vis maior*. I danni dati dai terzi o da animali, i furti e simili evenienze formerebbero materia di tale responsabilità. Vediamo i vari argomenti addotti a sostegno di siffatta dottrina.

Anzitutto si osserva che le fonti esigono dal commodatario una *diligentia diligentissimi patrisfamilias*, *exacta*, *exactissima* (1): D. 13, 6, 18 pr.: « in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet »; D. 44, 7, 1, 4: « .... is vero, qui utendum accepit... exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur » (2). Secondo il Baron tali espressioui indicano uua responsabilità comprendente la custodia in senso tecnico (3). I giuristi romani avrebbero qui per tale singolarissima diligenza inteso una norma oggettiva, la cui osservanza eccede le forze del singolo individuo, e che appunto comprenderebbe la responsabilità per la colpa altrui e il *casus minor*; sostanzialmente si avrebbe in altre parole una indicazione della custodia tecnica.

Ma qui devonsi fare parecchie osservazioni. Tali frasi non sono punto patrimonio comune dei giuristi romani. Il *diligentissimus paterfamilias* è una espressione particolare a Gaio; D. 13, 6, 18 pr.; 19, 2, 25, 7: « culpa autem abest, si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus esset »; a Gaio va ricondotto anche Inst. 3, 24, 5 (4). Lo stesso deve dirsi anche dell' altra frase *exactissima diligentia*; D. 44, 7, 1, 4 appartiene appunto a Gaio, e a Gaio *res cott.* va ricondotto Inst. 3, 27, 1, come altrove abbiamo avvertito (5). Il Baron adduce come equipollente la frase *exacta diligentia*. Essa si trova in Inst. 3, 14, 2, preso dalle *res cottidianae* di Gaio; ed è sostituita ad *exactissima diligentia*, che sta nel testo delle Pandette. Non è invece ammissibile una simile sostituzione per D. 44, 7,

---

(1) Baron, II, 260 (con I e II indico, secondo l' ordine cronologico, i due articoli dell' *Archiv f. d. c. Pr.*).

(2) Cfr. Inst. 3, 14, 2. Circa la divergenza nella espressione cfr., a titolo di curiosità, Merillio, *Inst.*, h. l.

(3) II, 253 sgg.

(4) Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, ad h. §um [in *Scritti*, II, p. 392].

(5) Ibid., ad § 1 cit. [p. 397 sg.].

1, 4, derivante dalla stessa opera di Gaio. Del resto, *exacta diligentia* non trovasi che due volte in Paolo [1].

Già questo fatto mi sembra poco atto a confermare la nostra fede negli insegnamenti del Baron. Un concetto così rigoroso, così definito, così importante, avrebbe dovuto avere espressioni sicure, precise, uniformi; non si capisce affatto come uno scrittore pretenda indicarlo con frasi non usate da alcun altro e che, intese letteralmente, danno un diverso significato.

Si avverta poi che Gaio usa tali espressioni in casi, per cui la ragione si scorge ben chiaramente. Nel fr. 18 cit. si tratta di distinguere la diligenza dovuta dal commodatario nel caso normale, in cui il negozio è volto a suo esclusivo profitto, dalla *diligentia quam suis* da prestarsi nei casi in cui il profitto è comune. Il giurista fa efficacemente osservare che non basta adibire circa la cosa commodata la cura stessa che si pone circa le cose proprie; occorre usare la premura stessa che per le cose proprie suole avere un padre di famiglia diligentissimo. Siamo evidentemente nel campo mero della diligenza e della colpa, e il superlativo qui non ha altro ufficio che di contraddistinguere con maggiore energia la diligenza del buon *paterfamilias* dalla diligenza *quam suis*. Ugual ragione vi ha per D. 44, 7, 1, 4; si tratta appunto di inculcare come « non sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet ». Lo stesso dicasi di Inst. 3, 27, 1: « ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret etc. ».

Nei due passi D. 19, 2, 25, 7 e Inst. 3, 24, 5 si tratta di indicare i confini tra la colpa e il caso; il giurista vuole chiaramente dimostrare che quest' ultimo comincia dove non vi è alcuna negligenza da rimproverare al conduttore. E si tratta anche di un genere di negozi, in cui il buon padre di famiglia suole effettivamente adibire molta cura. Ora, mi pare che si possa con sicurezza conchiudere che le citate espressioni non implicano un incremento di responsabilità oltre gli ordinari confini della colpa.

---

(3) D. 18, 6, 3; *Sent.*, 1, 4, 1.

Meno ancora può addursi la semplice frase *exacta diligentia*. Paolo usa questa frase per il *negotiorum gestor* (*Sent.* 1, 4, 1), il quale non è certo tenuto che all'ordinaria diligenza del buon *paterfamilias* [1]: altrove dice (D. 18, 6, 3) che il venditore *ante admetiendi diem* deve prestare *diligentiam exactiorem, quam in suis rebus adhiberet*. Qui insomma non si distingue altro che la diligenza ordinariamente richiesta dalla *diligentia quam suis*. E questo comparativo fa credere che Gaio e Paolo, usando il positivo *exacta diligentia*, altro non vogliono indicare che la consueta diligenza del buon *paterfamilias*. So bene che tal modo di intendere il passo non coincide con quello di Baron [2]; ma le ragioni del dissenso esporrò quanto prima, confutando altri argomenti. Inst. 3, 14, 4, preso certamente dalle *res cottidianae* di Gaio, dice, parlando del creditore pignoratizio: « placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam *exactam diligentiam* adhiberet »; ora Paolo in D. 13, 7, 14 spiega in che consista l'*exacta diligentia* richiesta in tale ipotesi: « *Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur* ». Il Baron, che sul fondamento del § 4 cit. e di altri passi, di cui vedremo, aumenta invece la responsabilità del creditore pignoratizio per la custodia tecnica, si trovò costretto ad asserire che Paolo aveva un' opinione diversa da quella degli altri giuristi su tale argomento [3]. Più tardi propose un' altra spiegazione [4]: Paolo avrebbe parlato di un pegno di immobili, e in tal caso avrebbe avuto ragione di scrivere così, perchè la custodia tecnica non si applica che ai mobili. Ma intanto (senza discutere se il concetto di custodia sia ristretto ai mobili) è certo, che i compilatori tolsero qualsiasi relazione fra tale decisione e la qualità immobiliare dell' oggetto; e quindi la dottrina di Baron resulta, almeno per il diritto giustinianeo, non vera. Inoltre si vegga quanto la sua spiegazione, per ciò che concerne il testo originario di Paolo, sia improbabile. Il fr. 14 è assunto dai compilatori per intercalarlo tra i frr. 13 e 15 e integrarne il discorso. I compila-

---

(1) Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui*, p. 620 sg.
(2) II, 225 sgg.
(3) I, 79.
(4) II, 269 sg.

tori in tali casi sogliono completare quanto un giurista dice con quello che un altro giurista espone trattando il medesimo punto. E devesi appunto credere che Paolo trattasse il problema generale della responsabilità del creditore pignoratizio, come lo tratta Ulpiano nel fr. 13, 1. Del resto, se Paolo avesse voluto limitare il suo asserto al pegno di immobili, l'avrebbe naturalmente detto (tanto più se la diversa natura dell' oggetto avesse tanto influito sul grado della responsabilità); nè tale menzione avrebbero negletto i compilatori, che, secondo il Baron, avrebbero pure accolto la dottrina della custodia tecnica.

Più grave può sembrare l'altro argomento, che le fonti esigono dal commodatario, oltre la responsabilià per dolo e colpa, quella per custodia, e che la responsabilità sua viene esplicitamente delimitata dai casi di forza maggiore.

Cfr. D. 13, 6, 5, 5: « Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare (il commodatario) ».

5, 15: « esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere ».

Cfr. pure Gai. 3, 205-206; Inst. 4, 1, 15; 16.

Circa l'accennata delimitazione si meditino i passi seguenti:

D. 13, 6, 5, 4: « Quod vero senectute contigit vel morbo vel vi latronum ereptum est, aut (si) quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat [1]. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur ».

D. 44, 7, 1, 4: « is vero qui utendum accepit, *si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest*, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est ».

È bene avvertire che il *damnum fatale*, il *naufragium*, la *vis piratarum* sono addotti come limitazioni della responsabilità nel *receptum nautarum* (D. 4, 9, 3, 1), nel quale, come tutti sanno, si rispondeva anche del perimento e del danno avvenuto senza colpa.

---

[1] *Nisi-interveniat* è probabilmente un emblema. Ad ogni modo, se esso dà un carattere troppo scrupoloso e scolastico alla esposizione, non turba menomamente il senso.

Aggiungeremo ancora che Gaio in D. 4, 9, 5 pr. sembra mettere il *fullo* e il *sarcinator* rispetto alla responsabilità per la custodia nella stessa condizione del *caupo*, dello *stabularius*, del *nauta*.

« Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia .... et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur ».

Lo stesso Gaio parifica altrove (3, 206) rispetto alla custodia il commodatario al *fullo* e al *sarcinator*:

« Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare ».

Sebbene il Baron esplicitamente non lo dica, pur è chiaro che la conclusione « se a = x e b = x, a = b » gli è parsa in questo caso ben applicabile!

Si aggiunga inoltre che in molti testi [1] è detto, senz'altra restrizione che quella della solvibilità (poichè il commodatario insolvibile è privo del necessario interesse), che il commodatario ha l'*actio furti* contro il ladro, poichè del furto risponde verso il commodante. Una tale responsabilità, apparentemente illimitata, per il furto sembra bene accordarsi con la dottrina della custodia tecnica.

Secondo il Baron [2] vi sarebbe pure nelle fonti una esplicita testimonianza della piena responsabilità del commodatario per il danno recato dagli animali alla cosa commodata, cioè D. 9, 1, 2 pr.:

« Haec actio (de pauperie) non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, *veluti ei cui res commodata est*, item fulloni, *quia eo quod tenentur damnum videntur pati* ».

Credo così di avere condensato tutte le precipue ragioni addotte dagli avversari e di averle anzi espresse più efficace-

---

(1) Per. es., Gai., l. c. Inst. 4, 1, 16. D. 47, 2, 14, 16 etc.

(2) II, 206 sg., 270.

mente di quanto alcuno di loro, compreso lo stesso Baron, abbia fatto.

Nel campo delle obbligazioni per custodia, s' intende un dovere di custodire e difendere una cosa dal perimento, dal trafugamento, dal danno, cui corrisponde un diverso grado di responsabilità [1]. È quindi un obbligo di assumere le dovute cautele per evitare la perdita ed il danno. Secondo la natura del rapporto, quest' obbligo è più o meno rigido; ora basta che taluno non ometta maliziosamente dei provvedimenti necessari o olmeno non ometta quelli, la cui necessità non può sfuggire che a persone singolarmente trascurate; ora si richiede che taluno usi quei provvedimenti che suole usare per le cose proprie; ora si richiede che impieghi tutta la cura per prevenire le perdite e i danni. È chiaro, a mio avviso, che la dottrina della custodia è posta così in stretto rapporto con la dottrina della colpa; e in ciò mi allontano dal Brinz. Che vi siano queste tre categorie di custodia, ce lo dicono le fonti:

a) una custodia, che ha per contrapposto il dolo (e la *culpa lata*): D. 18, 6, 2, 1: « custodiam.... qualem praestare venditorem oporteat, *utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat....* ». Vi è dunque una custodia, che consiste nell'astenersi dalle omissioni maliziose o gravemente colpose [2]. Tale custodia non è *plena*; e infatti le fonti sogliono evitare la nomenclatura di *custodia* dove non corrisponde la *diligentia*. E così si spiegano alcune antitesi, non infrequenti nelle fonti, per es., D. 13, 6, 10, 1: « si quidem mea causa dedi.... *dolum mihi tantum praestabit:* si sui, *et custodiam* »;

b) una custodia, che ha per misura la *diligentia quam suis*, è indicata da Paolo, D. 18, 6, 3: « custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, *ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet* ». Vi è dunque anche una custodia che risponde alla *diligentiam quam suis*;

c) una custodia (ed è quella solitamente intesa) che risponde alla *diligentia diligentis*; per es. Inst. 3, 24, 5: « ab eo

---

(1) Alquanto diversamente Brinz, *Pand.*, § 268 sgg.

(2) Stefano (ad D. 17, 2, 53, 3) parla appunto di una custodia δόλῳ προσεοικυῖα.

custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet ». In tal caso appunto *custodia* si scambia con *diligentia* o si illustra con la menzione della diligenza [1] (D. 18, 6, 2, 1: « custodiam plenam, ut et diligentiam praestet » etc.). L' endiade *et diligentiam et custodiam* nel celebre D. 13, 6, 5, 15 riceve così molta luce; essa va sciolta in *diligentem custodiam* (*custodiam diligentem praestare* si ha in D. 13, 6, 5, 5) o *custodiam, qualem diligens paterfamilias adhibere solet.* Cfr. pure D. 19, 1, 36: « pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem ».

La *neglegentia in custodiendo* costituisce, a mio modo di vedere, il perfetto contrapposto della *culpa in faciendo*; entrambe queste figure riunite insieme esauriscono la materia della *culpa* in senso lato. E così si comprende benissimo, perchè ora la mancata custodia s' indichi come *culpa* e ora invece si dica che taluno risponde e della *culpa* e della mancata custodia. La *culpa* è là intesa in senso lato; qui più strettamente, come *culpa in faciendo.* L' equiparazione di *culpa* e mancata custodia è chiara in D. 13, 6, 5, 13 « *culpam* in eam quoque praestandam » [2], cfr. anche lo Stefano in h. l.; così pure in D. 47, 2, 14, 10: « patrem hoc nomine agere non posse, *quia custodiam praestare non debeat*.... is.... habet furti actionem.... qui ob eam rem tenetur, *quod ea res culpa eius perierit*.... ». Il cumulo invece si trova in molti passi, per es. D. 13, 7, 13, 1: « venit autem in hac actione (pigneraticia) et dolus et culpa, ut in commodato; *venit et custodia* »; C. 8, 13, 19: « creditor... dolum et culpam... *et custodiam* exhibere cogitur »; D. 13, 6, 5, 15: « et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere »; D. 16, 3, 1, 35: « non solum dolum sed etiam culpam et custodiam (*culpa in faciendo* e *in omittendo*) praestet ».

---

[1] Cfr. soprattutto D. 13, 6, 19 con D. 19, 2, 41.

[2] Il Baron insiste nuovamente (II, 266) nella sua vecchia (I, 20) spiegazione *culpam (servi) praestandam.* Ma essa è impossibile, come prova un semplice confronto con le ultime parole del paragrafo. Il Baron ha però ragione, quando sostiene contro il Pernice (*Labeo*, 2, 355), che tali parole derivano da Cartilio e non da Ulpiano. La verità è che *periculum* (scil. custodiae) *ad te respicere* equivale a *culpam praestandam.*

Invece io non trovo mai (e questa affermazione farà forse stupire più di un lettore) indicata con la voce *custodia* una responsabilità che arrivi pur là dove manca la colpa, dove non c'è una negligenza imputabile. Ho detto che tale mia affermazione farà forse stupire qualcuno, giacchè si è oggi inclinati a trovare il paradigma della responsabilità per la custodia nel *receptum* del *nauta* e del *caupo* (1). È certo che « omnimodo qui recepit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est » (D. 4, 9, 3, 1); ma è pur certo che tale responsabilità non è mai indicata con la voce *custodia*. Niuno vorrà trovare una simile indicazione nel fr. 1, 1: « maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et *res custodiae eorum committere* »; giacchè qui *custodia* non indica una responsabilità, ma il semplice fatto di ricevere in cura le cose altrui, cfr., per es., D. 16, 3, 1 pr. 44, 7, 1, 5. Da questo fatto possono nascere obbligazioni e responsabilità, ma queste non vanno confuse con quello. Precisamente il *committere custodiae* si trova detto per il deposito, in cui niuno ammette la così detta custodia tecnica. Cfr. D. 16, 3, 1 pr.: « depositum est, quod *custodiendum* alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim *de* auget *positum*, ut ostendat *totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet* ». Vedi D. 23, 3, 9, 3: « et si *custodia marito committitur* (rerum uxoris), depositi vel mandati agi poterit ». Vedi poi D. 16, 3, 1, 9. 12 (2). 13. 14; 6. Al *committere custodiae alicuius* corrisponde il *custodiam rei recipere:* cfr. D. 16, 3, 1, 12. 4, 9, 1, 8: « et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt ».

Un siffatto *recipere custodiam rei* è in taluni contratti la precipua o anche l'esclusiva prestazione, a cui una delle parti si viene obbligando con diversa efficacia: lo è nel deposito, lo è in taluni casi di locazione d'opera (quando si dà una

(1) Pernice, *Labeo*, 2, 347.

(2) " *Plenius fuit mandatum habens et custodiae legem* „ vuol dire: " il mandato non si riferiva solo all'incarico di consegnare la cosa a Tizio; era più ampio, e comprendeva anche quello di custodire la cosa ove Tizio non la volesse ricevere „: cfr. l'indice di Stefano in h. l. Ma per sè la custodia (ossia il fatto di custodire) può essere oggetto del deposito, come del mandato, come della locazione d'opera.

merces pro re custodienda), lo è in alcuni casi di mandato. In altri contratti invece il *recipere custodiam* è una prestazione subordinata, che tacitamente segue la principale. Così nella *locatio operis* il conduttore che si assume di lavorare la meteria altrui si assume tacitamente di sorvegliarla; così nei contratti con il *nauta* e il *caupo*, questo si assume *ut viatores manere in caupona patiatur*, quello *ut traiciat vectores;* eppure a tali prestazioni principali ed esplicite segue tacitamente l'altra del *recipere rerum custodiam*. Tanto e non altro vuole insegnarci Gaio in D. 4, 9, 5 pr., il passo che è stato forse la pietra d'inciampo del Baron e che ha creato molte difficoltà al Windscheid e ad altri scrittori:

« Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia (per il fatto della custodia, non per un determinato grado di responsabilità relativa), sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari (si noti come il confronto è sempre con determinate figure di prestazioni): et tamen custodiae nomine tenentur (cioè si dà azione verso loro, non solo per l'adempimento di queste principali prestazioni dedotte in contratto, ma anche rispetto alla conservazione delle cose). nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur ».

E cioè il fullone ed il sarto possono essere convenuti *ex locato* non solo per mancata o difettosa esecuzione del pattuito lavoro, ma anche per conseguenze derivanti dal perimento della cosa data in consegna.

Il distinguere questi due significati di custodia nel campo delle obbligazioni è necessario anche di fronte alle locuzioni usate dai giuristi. Gaio qui scrive *custodiae nomine teneri*, e ripete ben due volte la frase; mentre questa espressione non si trova mai nè in lui nè in altri autori per indicare che taluno è responsabile della diligenza impiegata nel custodire la cosa, o nei casi, in cui il Baron trova insegnata la responsabilità per la custodia tecnica. La frase costante per indicare tale responsabilità è *custodiam praestare*, ed è molto istruttivo

confrontare con il fr. 15 testè citato Gai. 3, 206 sg., tanto più che i due passi son dello stesso autore.

« Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat ».

Che qui *custodiam praestare* abbia tutt' altro senso che *custodiae nomine teneri*, è chiaro. Il depositario *tenetur custodiae nomine* al punto che il contratto si definisce appunto dalla custodia: eppure qui si dice che *custodiam non praestat*. Nel fr. 5 s' insegna giustamente che il *fullo* ed il *sarcinator non pro custodia mercedem accipiunt*, e qui altrettanto giustamente si dice che *mercedem capiendo custodiam praestant*. Ivi si dice che la mercede non si riferisce al servizio che fanno custodendo la cosa; qui si dice che, siccome il negozio è loro profittevole, poichè ricevon mercede, così la loro responsabilità si misura con la diligente custodia.

Oltre la frase *custodiam praestare*, che di gran lunga è la più usata, occorrono *custodiam exhibere* o *adhibere; custodia ad aliquem pertinet; custodia (in iudicio) venit.*

Non mai, in questo senso, *custodiae nomine teneri:* frase, su cui il Baron ha pur fatto tanto assegnamento [1].

La frase *subire periculum custodiae* (D. 47, 5, 1, 4) indica semplicemente che s' incontra una responsabilità *(periculum)* per il fatto di tenere la cosa altrui (custodia), anche per eventi non derivanti direttamente dalla volontà propria (dolo). Cfr. anche la frase affatto analoga *periculum depositi* in D. 16, 3, 1, 35. Non è precisato, del resto, fino a che punto tale responsalbilità si estenda, se comprenda o no qualche parte del caso, o anche tutto il caso. Può anche limitarsi alla *diligentia quam suis*: cfr. D. 17, 2, 25 « non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius periisset etc. ». Può invece comprendere anche la forza maggiore: C. 4, 23, 1.

Un altro passo, che merita di essere ponderato, è il difficile D. 47, 2, 14, 17:

---

[1] II, pp. 225, 237.

«... et ideo quaeri potest, an etiam is, cui data est (epistula) perferenda, furti agere possit. *et si custodia eius ad eum pertineat,* potest: sed et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem. finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem: *vel si custodiam eius rei recepit* vel mercedem perferendae accipit. et erit in hunc casum similis causa eius et cauponis aut magistri navis; nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet ».

L' indice di Doroteo mostra che il testo ha subìto alcune alterazioni. Appare però come *custodiam recipere* non abbia lo stesso significato di *custodiam ad aliquem pertinere.* Stando all' indice doroteano, il testo dovrebbe ricostituirsi a un dipresso così:

« An.... furti agere possit? et si interfuit eius epistulam reddere, furti habebit actionem; finge eam epistulam fuisse, quae continebat, ut ei quid redderetur fieretve: potest habere furti actionem. sed et si custodia eius ad eum pertineat, potest, vel(uti) si custodiam eius rei recepit *et* mercedem perferendae accepit. et erit etc. ».

Quand' è che il latore della lettera è tenuto alla diligente custodia, che (come vedremo poi meglio) suole arrecare la responsabilità per il furto? Quand' è, in altre parole, che *custodia epistulae ad eum pertinet*? Quando, risponde il giurista, *recepit custodiam eius rei* e si assunse l' incarico contro la mercede corrispondente. Colui infatti, che gratuitamente riceve una cosa per trasportarla, *recipit* bensì *custodiam*, nel senso che prende la cosa per tenerla e restituirla; ma viene ad essere considerato come un depositario non tenuto alla diligente custodia e non responsabile per il furto. Cfr. D. 4, 9, 3, 1: « si gratis res (perferendae) susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse ».

Per mostrare che la mia ricostituzione del testo, che del resto a prima vista già si rivela corrotto, segue letteralmente l' autorevolissimo indice di Doroteo, ecco la versione parola per parola di quest' ultimo: « E per questo si è domandato, se anche l' intermediario, cui vien data da portare la mia lettera, abbia l' azione di furto. E se a lui interessa il consegnare la lettera, ha l' azione di furto; supponi che nella lettera si

contenga di dare qualche cosa a colui che la porta o di fare qualche cosa per lui. Anche se ha ricevuto una mercede per il trasporto della lettera, ha pure l'azione di furto, poichè ne ha la responsabilità etc. ».

Tra le ragioni, per cui si alterò questo passo, fu a mio credere la non capita differenza fra le due frasi *custodiam ad aliquem pertinere* (sul cui senso cfr., per es., anche D. 47, 2, 14, 15) e *custodiam recipere*: ciò ingenerò confusione e spinse a guastare il testo.

Dopo tali osservazioni crediamo inutile l'occuparci dell'interpretazione affatto diversa proposta dal Lehmann (1).

Credo così di avere provato che la responsabilità del *nauta* e del *caupo*, la quale eccede sicuramente i confini della colpa, non è mai indicata con la frase *custodiam praestare*; e che tanto meno custodia indica quella eccedenza di responsabilità oltre gli accennati confini. L'argomento, che si è voluto trarre dalla pretesa equiparazione del *fullo* e del *sarcinator* con il *nauta* e con il *caupo*, e di quelli con il commodatario, è affatto immaginario, come si è visto. Che, del resto, la responsabilità del conduttore di opera (tali sono, infatti, il *fullo* e il *sarcinator*) si misuri diversamente da quella del *nauta*, è detto esplicitamente nelle fonti. Perchè, scrive Pomponio, ha il pretore introdotto l'azione *in factum* contro il *nauta* etc.? Non bastavano le azioni civili? Forse che, per es., *si res perferendas nauta conduxit*, non ci sarebbe stata contro di lui l'*actio ex locato*? E risponde: La ragione è duplice; la prima sta in ciò che il pretore ha voluto mostrare il suo rigore verso certa gente; la seconda e più importante sta in ciò, che « in locato conducto *culpa .... dumtaxat* praestatur; *at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est* » (D. 4, 9, 3, 1).

Ora, il commodatario è rispetto alla custodia esplicitamente parificato al *conductor operis* (cfr. Gaio 3, 206), anzi anche al *conductor rei* (D. 13, 6, 5, 15): a proposito del quale vedi Pomponio apud Ulp. D. 4, 9, 3, 1 (2).

---

(1) *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., IX, 109-121.

(2) Che l'*horrearius* sia tenuto per la così detta custodia tecnica, che sia anzi equiparato in proposito al *nauta* etc. (s'intende, ove non intervengano speciali pattuizioni) è bensì opinione generale (BARON, II, 246 sg.;

Maggiore difficoltà potrebbe sorgere da ciò, che il limite della responsabilità del commodatario sembra in parecchi testi riposto nella *vis maior*, nel *casus maior*, come abbiamo già osservato. Parrebbe così che il campo del *casus minor*, cui appartengono i furti, i danni recati senza violenza dagli uomini o dagli animali etc., debba essere compreso in tale responsabilità. E ciò sembra appunto confermato dal fatto che regolarmente compete al commodatario l' *actio furti*.

Cominceremo però ad avvertire che il limite della *vis maior* è addotto anche per altri casi di responsabilità, per cui nessuno ha pensato mai alla cosiddetta custodia tecnica. Cfr., per es., D. 26, 7, 50: « Si res pupillaris incursu latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit quum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur ». C. 4, 34, 1: « Si incursu latronum vel alio

---

GOLDSCHMIDT, *Ztschr.*, 16, p. 327; WINDSCHEID, *Pand.*, § 401, n. 2; BRINZ, *Pand.*, § 269 [2ª ediz.]; PERNICE, *Labeo*, 2, 350 [num. 6]), ma non mi pare dimostrato. Che egli possa obbligarsi con apposite pattuizioni oltre l' ambito della diligenza e della colpa, è ovvio; ma che tale obbligo già intervenga *ope iuris* o per sottintesa convenzione, non mi pare.

In contrario parlano apertamente, s' io ben veggo, D. 19, 2, 41 e D. 13, 6, 19, sui quali qui non mi diffondo perchè dovrò presto considerarli nel testo. Nulla prova il fr. 40: " Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat ". *Custodia* qui indica il fatto dell' assumere *rem servandam*; la natura della prestazione coincide con quella del deposito, da cui il negozio differisce per la convenuta mercede. Ora, il testo dice potervi essere un contratto di locazione d' opera avente per oggetto la *custodia rei*, ossia quella prestazione, che forma l' oggetto del deposito; se non che in tal caso il custodiente incontra una responsabilità *(periculum)*, che non incontra nel deposito. Ma il *periculum* (ed è noto da un pezzo; per es., VINNIO, *Inst.*, ed. cit., 2, 94) non significa punto necessariamente una responsabilità eccedente la colpa; quella derivante da omessa diligenza è (se altro non appare) compresa. Tale responsabilità non incombe al depositario, che è tenuto per il solo dolo (o per la colpa lata), ossia per eventi riconducibili direttamente o indirettamente alla sua volontà. Cfr. per una decisione affatto analoga D. 16, 3, 1, 35: " et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit *periculo se depositi illigasse* (la sua responsabilità eccede quella per dolo; *periculum depositi* è del tutto equivalente a *periculum custodiae*): ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, *non tamen casus fortuitos* ". È certo che l' *horrearius*, come del resto ogni conduttore, *praestat custodiam* (D. 19, 2. 61 [60], 9); ma ciò significa che per la conservazione della cosa risponde della diligenza del buon padre di famiglia.

fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit... non pertinet ». Ora, l'ultima formula non so in quanto differisca da quella di D. 13, 6, 5, 4, « si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale... », usata a proposito del commodato. E, del resto, si può anche spiegare come mai si adducano ordinariamente esempi di *vis maior* per escludere la responsabilità pur nei casi, in cui si esige più dell'ordinaria diligenza. Questi sono veramente casi, in cui ogni responsabilità appare senz'altro esclusa (e quando taluno ne risponde, è per deviazione dai limiti della sua obbligazione, non per diretto rapporto con l'evento dannoso); mentre, ove non si tratti di forza maggiore, è sempre aperta la questione se poteva o no con maggior cura evitarsi il danno. Insomma, i casi di forza maggiore si prestano ad un paradigma generale; gli altri casi fortuiti risultano tali solo dall'esame delle circostanze concrete e individuali.

Nè, del resto, si deve credere, come il Baron, che le espressioni *casus fortuitus, fatalis* siano equipollenti a *casus maior, vis maior* etc. Per es. in C. 5, 38, 4 leggiamo:

« Tutoribus vel curatoribus *fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit,* imputari non oportere saepe rescriptum est ».

Ora qui per tali *fortuiti casus* non si possono intendere che in genere gli eventi non prevedibili. Cfr. l'affatto simile decisione in C. 4, 35, 13:

« A procuratore dolum et omnem culpam, *non etiam improvisum casum praestandum esse*, iuris auctoritate manifeste declaratur ».

Si avverta che siamo in ipotesi, in cui per confessione di tutti non può discorrersi di custodia tecnica; il secondo passo poi mira *ex professo* a delimitare la responsabilità del *procurator.* È poi lecito invocare anche C. 9, 16, 4 (5); benchè ivi la decisione si riporti al diritto criminale, pure non può non avere radice nel significato proprio delle parole, il quale deve fondamentalmente ritenersi lo stesso che nel campo del diritto civile [1]. Ivi si dice avvenuta per caso fortuito la morte

---

[1] Cfr., benchè non si riferisca alla presente questione particolare, ma tratti più generalmente il problema, PERNICE, *Labeo*, 2, 372 sg.

in conseguenza di un calcio ricevuto. L' evidente significato è pur quello che chi assesta altrui un calcio non può prevedere una così grave e terribile conseguenza: tale effetto è per lui *improvisus*. Del resto il *damnum fatale*, che nel fr. 5, 4 cit. è addotto come limite della responsabilità del commodatario, è definito in D. 17, 2, 52, 3 come *damnum quod imprudentibus accidit*. Si è disputato circa l' intelligenza di queste parole. Io credo che l' espressione non possa disgiungersi dall' altra *improvisus casus*; si tratta di quegli eventi che capitano improvvisi anche ai diligenti, anche cioè a chi prende le precauzioni dall' ordinaria prudenza suggerite. I greci traducono fatale con τυχηρόν (fortuito, casuale) e *quae imprudentibus accidunt* con τὰ παρ' ἐλπίδα γινόμενα: ciò che avviene fuori d' ogni ragionevole aspettazione.

Tale definizione è suffragata dagli esempi, che seguono: tra essi è che il *pecus* perisca in un incendio. Ora, un tal caso ordinariamente non appartiene necessariamente alla *vis maior*. Tanto poco vi appartiene di necessità, checchè ne pensi il Baron (1), che i romani dicono anzi che *incendium sine culpa fieri non potest* (D. 18, 6, 12 [11]). La quale frase è certo iperbolica, ma indica chiaro che il danno è in astratto evitabile; la responsabilità è esclusa per regola, quando il fatto non sia riconducibile a colpa dello stesso obbligato. Cfr. D. 1, 15, 3, 1: « quia *plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium*, aut fustibus castigat eos, *qui neglegentius ignem habuerunt* etc. ».

L' unica difficoltà, che può opporsi a queste riflessioni, è forse quella che può ricavarsi da D. 4, 9, 3, 1: « omnimodo qui recepit tenetur, etiam si sine culpa eius periit vel damnum datum est, *nisi si quid damno fatali contingit* ». Qui pare, poichè si discorre del *receptum nautarum*, che *damnum fatale* sia affatto equivalente a *vis maior*, che infatti più avanti si adduce: *idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit*. Se non che qui abbiamo a fare con un malaccorto glossema od emblema: *nisi-contingit*. Già il tipo di esso (che rientra in una delle più note categorie dell' Eisele) è sospetto; si aggiunga che appena può credersi che un giurista romano scrivesse *si... damnum datum est, nisi si*

---

(1) II, 276, 296 sg.

quid damno fatali contingit. La condotta poi del ragionamento risulta strana. Si pone come principio incontroverso che il *nauta* non risponde del *damnum fatale,* quindi se ne deduce sull' autorità di Labeone non essere iniquo dare al *nauta* eccezione in caso di naufragio o di assalto dei corsari. È invece naturale che il giurista, dopo aver detto che il *nauta* risponde anche per il perimento e per il danno non ascrivibile a sua colpa, aggiungesse: *Labeo tamen* etc., temperando così il rigore del principio enunciato. Ma il principio doveva appunto enunciarsi in tutto il suo rigore, trattandosi di spiegare le parole edittali *nisi restituent, in eos iudicium dabo.* Queste parole, letteralmente intese, non lasciano scampo per il *nauta:* o restituire o risarcire.

Che, del resto, la responsabilità del commodatario intesa sotto il nome di custodia non esorbitasse dai confini della colpa, è detto nelle fonti per chi vuole intenderlo.

La C. 4, 24, 6 dice generalmente: « *Quae fortuitis casibus* accidunt, *cum praevideri non potuerant* (in quibus etiam aggressura latronum est), *nullo bonae fidei iudicio* praestantur ».

È arbitrario equiparare caso fortuito a *vis maior.* Il senso è spiegato dalla stessa costituzione, *cum praevideri uon potuerint*: e a questo senso noi dobbiamo attenerci, benchè poi si citi un esempio di *vis maior.* Questa rientra nel caso fortuito come la specie nel genere; ma l' imperatore, decidendo una questione attinente ad essa, invoca il principio generale.

E D. 13, 7, 13, 1: « venit autem in hac actione et dolus et culpa: *ut in commodato venit et custodia:* vis maior non venit ».

Ciò è meglio chiarito dal successivo fr. 14: « Ea igitur, *quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet,* a creditore exiguntur ».

Anche il creditore pignoratizio è tenuto alla custodia; anche per la sua responsabilità è addotto il limite della *vis maior;* la misura della sua responsabilità è parificata esplicitamente a quella del commodatario — e tuttavia apprendiamo che non esorbita quanto suole e può prestare il diligente *paterfamilias.*

Il tentativo di Baron di attribuire la decisione del fr. 14 al solo pegno di immobili non mi pare, come ho già detto, troppo felice. Del resto, io non so quale vantaggio se ne possa

ricavare per la sua teoria, una volta che si dimostri inaccettabile l'altra sua asserzione che la custodia è applicabile ai soli mobili. Non si vede anzitutto verun motivo intrinseco per tale limitazione; è vero che degli immobili non si commette furto, ma i danni sono possibili tanto per i mobili, che per gli immobili. Il suo argomento esegetico è tolto da D. 19, 2, 29. La *lex locationis* comprende questa clausola: « redemptor silvam ne caedito, neve cingito, neve deurito, neve quem cingere caedere urere sinito ». Si domanda, se basti che il conduttore impedisca di far tali cose a chi coglie sul fatto, o se invece debba *ita silvam custodire, ne quis id facere possit.*

« Respondi verbum *sinere* utramque habere significationem: sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, *sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet* ».

A me pare che il testo dimostri la piena applicabilità della custodia agli immobili; si può custodire una selva e la custodia sta nella diligenza impiegata (*curare et dare operam*) nel prevenire il danno, proprio come per i mobili.

Così invece al Baron non pare. « Il giurista — così egli scrive (1) — in luogo del *custodire* mette un *curare et dare operam*; evidentemente perchè stima impossibile un *custodire silvam* ».

Ma una simile interpretazione può venire in mente solo a chi, fissasi bene in capo un' idea, attribuisce senz' avvedersi a tutti gli altri e anche ai testi il suo modo di vedere. La domanda è se qui il *ne sinito* importi solo il dovere di impedire chi vien colto sul fatto o anche quello di *custodire silvam.* Il giurista risponde che esso ha *utramque significationem* (dunque anche quella di custodire) e si decide per la seconda, che chiarisce anche meglio con le parole *curare et dare operam.* Ma che l' interpretazione da lui scelta sia una di quelle proposte dal consulente, è evidente, dal momento che dice: « Le parole usate si adattano a entrambe le interpretazioni: è nel caso però più verosimile etc. » (2). Invece, vi hanno testi gravis-

(1) II, p. 229.

(2) La *lex* è qui interpretata *adversus conductorem*: ma ciò è perchè il dovere che così ne risulta per quest' ultimo è conforme all' obbligo generale del conduttore di *praestare custodiam.* La nostra interpretazione è del tutto conforme a quella di Stefano.

simi, che confermano non esistere in proposito fra mobili e immobili differenza di trattamento: Alf. 2 Digest. D. 18, 6, 12 (11):

« Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit: *quia sine patrisfamilias culpa fieri potest* (neque, si servorum neglegentia factum esset, continuo dominus in culpa erit), quamobrem si *venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare*, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit ».

È l' obbligo generale della *rei custodia* che spetta al venditore fino al momento della tradizione, o al momento in cui questa viene a mancare per colpa del compratore.

Non meno chiaro è D. 19, 1, 36:

« Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuam possessionem tradat, *custodiam et diligentiam* praestare debet et *pars est custodiae diligentiaeque* hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.

Il venditore, se non interpone la *cautio*, si espone alla perdita del possesso e anche della proprietà; è quindi proprio *pars custodiae*, vale a dire si riferisce proprio ai provvedimenti suggeriti dalla diligenza per la conservazione della cosa, l' interporre la stipulazione.

I quali bellissimi testi non solo mostrano esteso anche agli immobili il concetto della custodia, ma illustrano egregiamente il concetto medesimo, quale applicazione della *diligentia*. Ora, il Baron dice « illecito l'adoperare tali espressioni incidentali come argomento » [1]. Ma non si tratta affatto di

---

[1] II, 228. La tesi per il BARON si complica forse per ciò che il venditore non è tenuto secondo lui alla custodia tecnica, se non nel caso di vendita per un prezzo fissato per misura e prima della misurazione. Io non credo esistere alcuna differenza fra questo caso e l'ordinario. Ed ecco le mie ragioni. Ulpiano nello stesso libro 28 *ad Sab.*, poco dopo avere esposto, secondo il BARON, l' obbligo della custodia tecnica per chi vende vino a misura, soggiunge (D. 18, 6, 4, 1-2): " Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est... Vino autem per aversionem vendito, finis custodiae est avehendi tempus „. Come mai *praestare custodiam* può avere a poche

espressioni incidentali. Si opera in ambo i testi, e specialmente nel secondo, con il concetto di custodia, inteso nel suo senso tecnico e fondamentale. Come si dovrebbe qualificare il contegno del giurista se si esprimesse in tal guisa, mentre la *praestatio custodiae* fosse ristretta al venditore di cose mobili? E la nostra esegesi è tanto più certa, in quanto che il frammento nell' opera genuina (Paolo *ad Pl.*) si riferiva al titolo *de furtis* (¹). L' argomento del furto poteva dare occasione a parlare della custodia tecnica, come viceversa (²).

Ritornando dunque alla nostra trattazione, si ricava che il creditore pignoratizio non è tenuto oltre la diligenza del *bonus paterfamilias*, ciò che benissimo per noi si accorda con quanto dicono le Istituzioni (3, 14, 4): « placuit *sufficere*, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet:

---

righe di distanza così diverso significato? E poi una custodia assoluta, quale vorrebbe il BARON, come si accorda con quanto scrive Gaio (fr. 2, 1 ibid.): " custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat: utrum plenam, *ut et diligentiam praestet*, an vero dolum dumtaxat... „? Si porrebbe così in quella ipotesi il quesito? Qualche difficoltà può dare il fr. 1, 1; ma, senza biasimare con il PERNICE Ulpiano per una confusa esposizione, dovremo riconoscere che ivi si è operato qualche spostamento fra il testo di Sabino e le note di Ulpiano. Infatti la fine del pr. del fr. si rannoda strettamente con il § 2; invece il principio del § 1 si rannoda con il § 3. Insomma, è nata confusione tra la custodia, che è una cosa, e il *periculum acoris, mucoris* etc., che è tutt'altra cosa. Così si spiega benissimo anche l' osservazione *priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit;* e si comprende come un caso affatto naturale, quale l'inacidirsi del vino, venga a ricadere sul venditore. L'obbligo alla custodia invece si collega con quanto s' insegna poi circa l' effusione etc. Si noti che tra il pr. e il § 1 c' è una singolare mescolanza di cose diversissime, la *degustatio* e la *mensura*, che si riferiscono a ipotesi fra loro lontanissime; e ciò prova con ogni certezza che qualche cosa è caduto e che s' è operato uno spostamento. Notevole è poi D. 18, 1, 35, 4: " Si res vendita per furtum perierit... si nihil appareat convenisse, *talis custodia desideranda est a venditore*, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet „. A mio avviso, così è detto ottimamente quanto si esige da chi è tenuto alla custodia per antonomasia. Lo stesso Gaio in D. 18, 6, 2, 1, ove si parla di vino da misurarsi, dice che il venditore è scusato dalla *vis magna* e dal *damnum fatale;* le due formule per noi coincidono. Non così, naturalmente, per il BARON.

(¹) LENEL, *Paling.*, I, 1158.

(²) Per es., D. 47, 2, 12; 14: cfr. LENEL, *Paling.*, II, 1126.

quam si praestiterit *et aliquo fortuito casu rem amiserit*, securum esse ». Un argomento perentorio offre poi a mio avviso D. 47, 2, 14, 6, dove la responsabilità del creditore per il furto coincide espressamente con la di lui colpa. E, poichè alla responsabilità del creditore pignoratizio è perfettamente equiparata quella del commodatario, è lecito dall' una arguire l' altra.

Tale insegnamento è perfettamente conforme ad altri testi. Cfr. D. 13, 6, 19 (Giuliano):

« Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut *utendum accipiunt*, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim *cura aut diligentia* consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? ».

Quella responsabilità per il *damnum*, che è così importante per il *nauta* e per il *caupo*, non ha luogo per il commodatario, giacchè, anche adoperando tutta la diligenza, egli non può evitare ogni danno. Notevolissimo si è che in D. 19, 2, 41 la stessa domanda di Giuliano è da Ulpiano riferita così: « qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? ». Naturalmente Giuliano non intendeva escludere ogni responsabilità per i danni dati dai terzi, ma, come la sua stessa argomentazione prova, solo per il caso, in cui il danno con la debita diligenza non si sarebbe evitato. Nel fr. 41 cit. Ulpiano continua:

« Sed Marcellus interdum esse [1] posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est ».

A torto crede il Baron che qui Marcello contraddica affatto a Giuliano e ne confuti l' errore! Marcello sostanzialmente è dello stesso avviso, tanto che ritiene responsabile il commodatario e il conduttore solo qualche volta *(interdum)*. Marcello non fa che esporre e svolgere quanto Giuliano aveva sottinteso, usando una formula forse troppo assoluta; e alla critica della formula usata si riferisce appunto quel *sed*, che

---

[1] Il MOMMSEN ha *interesse*; ma non si ricava alcun senso buono. La parola più ovvia da sostituire (in conformità al discorso precedente) sarebbe *agi*. [Cfr. lo stesso FERRINI, in calce all' ed. ital. dei Digesti].

al Baron pare di così grande significato. Che, del resto, non si tratti di una novità, non di un errore di Giuliano, prova a mio avviso chiaramente il seguente passo (D. 9, 2, 57) preso da Giavoleno [1]:

« Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. *Labeo negat tecum ullam actionem esse* ».

È importante questo passo, non solo perchè mostra come sempre la giurisprudenza romana abbia tenuto fermo il requisito della colpa, ma anche perchè sparge luce su D. 9, 1, 2 pr. invocato dal Baron. Questo passo insegna che l'*actio de pauperie* non compete al solo domino, ma che anzi compete *ei cuius interest*: « veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati » [2].

Il Baron ne deduce che sempre, quindi, il commodatario risponde del danno recato dagli animali altrui alla cosa; mentre il testo dice solo che l'azione spetta a chi vi ha interesse, e quindi anche al commodatario che è tenuto a rispondere del danno. Quando e come sia tenuto, il testo non dice; al giurista qui importa solo rilevare che il dover rispondere del danno è una ragione sufficiente per la legittimazione attiva. Il fr. 57 cit., infatti, si riporta anche all' ipotesi della *pauperies*, come risulta evidente da quanto segue [3]; eppure niuna azione spetta in proposito al domino della cosa danneggiata contro il commodatario.

È vero, come s'è visto, che le fonti attribuiscono senz'altro l'*actio furti* al commodatario per la ragione ch' egli del furto risponde verso il domino. Ma che tali testi abbiano da inten-

---

(1) Lib. VI *ex post. Labeonis.*

(2) Non è punto necessario avvertire con lo scoliaste antico ad h. l.: ὑπόθου ὅτι τὸν κίνδυνον ἰδικῶς ἀνεδέξατο, διὰ τὸ εἰρημένον, ὅτι δι' ἐπιμέλειαν οὐδεὶς δύναται φυλάξασθαι τὴν ἐξ ἑτέρου βλάβην „.

(3) “ sed si equitis culpa factum esset, cum equite sane, non cum equi domino agi posse verum puto „. Se invece il danno fosse avvenuto per impeto feroce del cavallo senza colpa del cavaliere, l'azione si darebbe contro il domino; ma il domino del cavallo offeso non avrebbe perciò veruna azione contro il commodatario: l'azione competerebbe quindi al commodante, poichè il commodatario *eo quod non tenetur* non avrebbe interesse.

dersi con qualche discrezione, prova il confronto testè istituito tra D. 9, 1, 2 e D. 9, 2, 57 [1]. Rispetto al furto, poi, devono farsi speciali considerazioni. Le fonti distinguono sempre dal *furtum* il *latrocinium*; l'*aggressura latronum* entra nel concetto di *vis maior*. Ma anche la semplice rapina se ne distingue: D. 50, 17, 23 «.... rapinae.... a nullo praestantur» [2].

E la ragione è ovvia. La rapina è un furto che avviene *palam*, in presenza di chi custodisce la cosa. Se la rapina avviene, è segno che o l'obbligato era personalmente presente, o altri era presente per lui; con ciò egli ha fatto quanto l'ordinaria diligenza esigeva e d'altro non risponde. Inoltre, quando le fonti parlano del furto, di cui il commodatario risponde, intendono quello che avviene senza effrazione. Ci è infatti attestato che l'*horrearius* non risponde *effractis atque expilatis horreis*, a meno che si sia esplicitamente assunto di sorvegliare non solo le cose affidate e poste nell'*horreum*, ma l'*horreum* stesso [3]. E infatti quand'uno ha riposto la cosa in luogo ben chiuso (o casa o armadio o scrigno) [4], ha fatto quanto da lui esige l'ordinaria diligenza, a meno che per patto speciale si sia obbligato a sorvegliare che i ladri non penetrino con effrazione [5]. E ancora: il commodatario non risponde della fuga (e quindi neppure del furto; la fuga è un furto che il

---

(1) Cfr., del resto, come si esprime Ulpiano, D. 47, 2, 14, 10, riferendo il principio esplicitamente accolto da Celso e Giuliano: " Neque enim is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, *quod ea res culpa eius perierit* ". Si noti che ivi si parla proprio del commodato.

(2) Intendi, nel campo dei contratti. Della speciale condizione del *nauta* etc. il frammento non parla. E qui pure si esprime ciò che suole avvenire; eccezionalmente è escogitabile una rapina con *culpa* del commodatario, che in tal caso avrebbe l'*actio vi bonorum raptorum* (D. 47, 8, 2, 22-24).

(3) " Nisi custodiam eorum (scil. horreorum) recepit ": D. 19, 2, 55 pr. *Recipere custodiam* vuol dire, come sappiamo, semplicemente assumere la sorveglianza; non indica un grado speciale di responsabilità.

(4) D. 1, 15, 3, 2: " Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum *vel cella effringitur vel armarium vel arca* ".

(5) Tale patto s'intende nel senso che si debbano porre o portinai o altri *custodes* (D. 1, 15, 3, 1-2). In tal caso *qui recepit custodiam* risponde o per non avere messo verun sorvegliante o per avere usato poca cura nella scelta.

servo fa di sè stesso) dei servi *qui custodiri non solent* [1]. La decisione si può certo estendere per analogia e ammettere, per es., che il commodatario non risponderà delle capre, che in montagna ha (secondo la consuetudine) lasciate errare sole pei balzi, dei colombi che ha lasciato *volare et revolare*, e così via. E la ragione è chiarissima. Vi sono cose, che l'ordinaria diligenza non permette che si lascino in luogo aperto senza sorveglianza: se esse vengono rubate per mancanza di tali cure, del furto deve rispondere chi a tale diligenza è tenuto; altrimenti, se il furto avviene *(rapina, effractio)* malgrado tali cure, non si risponde. Ma se son cose, che anche l'uomo diligente lascia all'aperto senza sorveglianza, non sorge responsabilità per il furto.

È quindi quasi inescogitabile (e però in una esposizione generale trascurabile) l'ipotesi in cui il commodatario soffra il furto, fuori dalle accennate contingenze, senza essere in colpa. E si comprende quindi perfettamente come lo Stefano, che identifica la custodia con la diligenza, come più volte avemmo occasione di osservare, scriva senz'altro ἡ δὲ κλοπὴ οὐκ ἔστι τυχηρὰ περίστασις e ἡ κλοπὴ οὐχ ὑπερβάλλει τὴν exactan diligentian (ad D. 17, 2, 52, 3) = il furto non è un evento fortuito; il furto non supera l'esatta diligenza [2].

Dico che l'ipotesi di un semplice furto (oltre le accennate circostanze) subito dal commodatario senza sua colpa è quasi inescogitabile. Del tutto non lo è; si pensi al caso di un ladro di singolare abilità e scaltrezza, che sorprenda anche l'uomo prudente e vigilante. *Ad abundantiam* le fonti ci attestano che in tal caso il commodatario non risponde. Noi sappiamo che rispetto alla custodia il commodatario è parificato al conduttore (cfr. D. 13, 6, 5, 15 etc.). Or bene, Ulpiano ci assicura (D. 47, 2, 14, 12):

« Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, *si modo culpa eius subrepta sit res* ».

---

(1) D. 13, 6, 5, 6. 50, 17, 23 etc. Cfr. pure D. 13, 6, 5, 13: " Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et.... *servus cum ea fugerit*, eum qui commodatum accepit non teneri, nisi fugae praestitit culpam ".

(2) Anche l'Indice greco delle Istituzioni nella proteoria all'esposizione della competenza dell'*actio furti* al commodatario etc. parla solo della varia responsabilità dei contraenti per dolo, colpa lata e colpa lieve: 4, 1, 13.

Il Baron [1], per sfuggire alla forza probante di questo gravissimo testo, dice che deve supporsi che qui l'oggetto rubato sia un servo, il quale, non essendo solito a custodirsi, se vien rubato senza colpa dell'utente, non arreca responsabilità per costui.

E il suo ragionamento si basa sul fatto che il § 11 precedente studia l'ipotesi: « Is, qui precario servum rogaverat, subrepto eo etc. ». Ma tale esegesi non mi pare accettabile. Il giurista non fa in questo passo l'esame delle varie ipotesi, in cui un servo venga rubato; ma passa in rassegna i vari contratti (compravendita, pegno, mandato, precario, locazione, commodato) e studia le conseguenze derivanti da tali rapporti giuridici per l'azione di furto. Generalmente egli non suole specificare l'obbietto del furto, e se al § 11, per es., egli nomina il servo come oggetto di precario, la ragione è quella che tale rapporto soleva comprendere le cose immobili: ai mobili si applicava raramente, e fra questi di preferenza ai servi. Del resto, come si fa a sostenere tale interpretazione, quando il giurista scrive *subrepta sit res*? Come avrebbe egli scritto così, se avesse voluto limitare la sua decisione ai servi, per cui sarebbero valse norme speciali?

Del resto, noi abbiamo una esplicita dichiarazione a proposito del commodato in D. 13, 6, 20 (Iul. 3 ad Urs. Fer.):

« Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, *ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent* ».

L'importante frammento, che insegna appunto a intendere con cautela altri che parlano troppo generalmente, mostra che, se il furto avviene quando il commodatario ha preso i provvedimenti insegnati dall'ordinaria diligenza, egli non è più tenuto. Il Baron nel suo primo articolo aveva pensato a un caso di *damnum fatale*, ciò che — nel senso da lui attribuito a questa espressione [2] — è, come ora egli stesso riconosce, inammissibile. Ora invece [3], egli collega questa decisione con

---

[1] II, p. 359.

[2] Non così, invece, secondo la nostra opinione. *Damnum fatale* è appunto quello non prevedibile da chi usi l'ordinaria diligenza.

[3] II, p. 265.

l' altro errore di Giuliano, per cui il commodatario non risponde del danno recato dai terzi; dobbiamo supporre che in questa ipotesi Giuliano riscontrasse una certa violenza; l' *intercipere* si dovrebbe tradurre con « strappare, rapire ». Ma *intercipere* non suole avere questo significato; vuol proprio indicare il furto clandestino; a ogni modo, che si tratti di quest'ultimo prova il *decipere*. È questione di astuzia. L' uomo, cui vien data la cosa da riportare, è *idoneus*, cioè onesto e intelligente; ma i *mali homines* stavolta lavorano con tanta scaltrezza, ch' egli ne resta vittima. Il passo è così ostico per il Baron, che trova singolare lo stile di esso ed esclama: che cumulo di parole per una storiella così semplice! A me pare, invece, che il brano sia lodevole per concisione e semplicità.

Nè con tal frammento sta menomamente in contrasto D. 13, 6, 12, 1:

« Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat, domino perit; si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est ».

E giustamente. Se il padrone manda la persona per ritirare la cosa a tempo debito, il commodatario la deve dare e, data che l' abbia, è esente da ogni responsabilità. Altrimenti, se il messo non aveva altro ufficio che di ricordargli il debito di restituire, egli non gliela può consegnare cha a suo rischio e pericolo; giacchè, dovendo *praestare custodiam*, deve o riportare la cosa personalmente o affidarla a persona, della cui onestà e capacità possa essere moralmente certo: non già consegnarla al primo che gli capita.

Nella medesima condizione del commodatario è, come sappiamo, l'*inspector*, che riceve la cosa *sui causa*. Costui, come scrive Ulpiano (D. 13, 6, 10, 1), « praestabit.... custodiam, et ideo furti habebit actionem ». Eppure

« si... ipse cui voluit commisit (rem referendam), aeque *culpam* mihi praestabit, si sui causa accepit »,

e, se ciò non bastasse, Paolo soggiunge (D. 13, 6, 11):

« *qui non tam idoneum hominem elegerit*, ut recte id perferri possit ».

Anche questi giuristi seguivano, dunque, l' errore di Giuliano (!); anche Paolo usa la stessa espressione ***idoneus homo.*** Il Baron dice che qui si tratta di idoneità di fatto, la quale avrebbe potuto essere senza colpa ignota all' ***inspector*** (1). Ma allora Ulpiano parlerebbe di *culpa* (2)? E Paolo farebbe una così banale e sciocca osservazione? E che dire poi se, come nell' esempio di Giuliano, l' ***homo*** è ***idoneus***, ma i ***mali homines*** riescono tuttavia nell' intento loro?

I due giuristi trattano, commentando Sabino, evidentemente la stessa fattispecie: Paolo spiega in che possa qui consistere la *culpa*, mentre Ulpiano si accontenta di avvertire che si deve prestare la *culpa*.

Siccome non è nostro proposito trattare *ex professo* della custodia, così non esaminiamo le dottrine (cui implicitamente avevamo altre volte aderito) (3) che spiegano mediante un' evoluzione storica i passi apparentemente discordanti (4). Ma i loro precipui argomenti sono stati da noi indirettamente confutati nel corso della nostra esposizione.

Il commodatario, dunque, è tenuto circa la cosa commodata a evitare la ***culpa in faciendo*** e ***in omittendo***, a comportarsi secondo la diligenza del buon *paterfamilias*; ma più in là non suole estendersi la responsabilità di lui. La diligenza richiesta non si limita, del resto, alla cosa propriamente commodata, ma deve applicarsi pure alla cosa accessoria.

Cfr. D. 13, 6, 5, 9:

« Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: utputa equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt ».

---

(1) Cfr. per un di più la paragrafe di Stefano ad h. l.: ἐχρῆν γὰρ αὐτὸν ὡς ὀφείλοντα καὶ custodían ἐπὶ τῷ πράγματι πάνυ ἐπιτηδειότατον πρὸς τὴς μετακομιδῆς ἐπιλέξασθαι διακονίαν.

(2) È vero che B. cancella *culpam* in Ulpiano e sostituisce *custodiam*. Ma allora dove andiamo? Del resto a noi la sostituzione nulla importa; poichè la custodia ha per noi i suoi limiti dove li ha la *culpa* e il fr. 11 può anche assumersi come dichiarazione del contenuto della custodia.

(3) Cfr. *Il Digesto*, p. 66 sg.

(4) Vedi specialmente PERNICE, *Labeo*, 2, p. 245 sgg. e BIERMANN nella *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., vol. XII, p. 33 sgg.

E D. 47, 2, 14, 15:

« Non solum autem in re commodata competit ei, cui commodata est, furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus ».

Ci è attestato (D. 16, 3, 1, 5), che « quae depositis rebus accedunt non sunt deposita: *utputa si homo vestitus deponatur*, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est ».

La cosa accessoria non si ritiene compresa nel deposito, come non si ritiene neppure compresa nel commodato. Tuttavia qui il commodatario deve adibire la stessa diligenza: là deve astenersi non solo dal dolo, che ben si comprende, ma dalla *lata culpa*. La distinzione, pertanto, tra *res deposita* o *commodata* e *non deposita* o *non commodata* è qui puramente teoretica; essa non ha praticamente veruna importanza. O, almeno, può avere importanza rispetto al commodato solo nel senso che il commodatario non può in alcun modo servirsi della cosa accessoria.

Corrispettivamente alla rigorosa responsabilità, che gl' incombe, il commodatario ha l' *actio de pauperie* e l' *actio furti*; non l' *actio legis Aquiliae* (D. 9, 2, 11, 9), perchè questa esige il fondamento reale [1]. E si noti bene che le fonti concedono

---

[1] Cfr. C. FERRINI, *La legittimazione attiva nell' actio legis aquiliae* [in *Scritti*, V] Però il domino commodante può *officio iudicis* venire costretto a cedere la propria azione: cfr. D. 42, 1, 12.

Eccezionalmente, come si è detto, compete al commodatario l' *actio vi bonorum raptorum*.

Qual' è la natura dell' azione di furto accordata al commodatario? Secondo la maggioranza degli scrittori (da ultimo il PAMPALONI, *Studi Senesi*, X, p. 122), tale azione sarebbe la stessa competente al proprietario e accordata al commodatario in sua vece. Sarebbe una specie di azione derivativa. Le precipue ragioni di tale opinione sono le seguenti. È tanto vero che l' azione del commodatario non ha a sua base un diritto per sè stante, che il proprietario può sempre avocarla a sè, e ch' essa non è possibile contro il proprietario stesso, che sia autore del furto. Si cita anche la frase

l'azione di furto al commodatario, senza distinguere se egli sia o no in colpa del furto stesso; egli ha, infatti, un interesse sufficiente a intentare l'azione in ciò, che può essere tenuto a rispondere del furto. Quindi, prima di essere convenuto dal commodante, il commodatario può senz'altro agire contro il ladro; dopo il giudizio, solo quando sia stato condannato a risarcire il commodante per il furto avvenuto. Tutto ciò non può mettersi in dubbio di fronte alla chiara esposizione, che del diritto a lui anteriore fa Giustiniano in C. 6, 2, 22, 1. Egli dice che, pur dopo essere stato universalmente ammesso il principio *ei competere furti actionem, cuius interest, ne furtum committatur*, continuarono le controversie sulla pertinenza di tale azione al commodatario « *idoneo scilicet constituto, quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest* ». Il dubbio nasceva evidentemente da ciò, che l'interesse del commodatario era, prima della sua condanna, tuttavia incerto *(potest)*. Dovette influire poi una ragione pratica: il commo-

---

in D. 47, 2, 12 pr.: " si autem solvendo non est (il detentore responsabile), ad dominum actio redit ".

Invece un fondamento proprio avrebbe l'*actio furti*, che il commodatario può esperire contro il proprietario e contro i terzi (cfr. più avanti, capo V) sulla base di un *ius retentionis*, che gli competa.

Importante è la distinzione anche rispetto all'oggetto dell'azione. La prima *actio furti* perseguirebbe il *duplum* o il *quadruplum* del *verum rei pretium*, la seconda dell'*id quod interest*, ossia di quanto il commodatario con l'esperimento del *ius retentionis* avrebbe potuto raggiungere.

Veramente (pur prescindendo dalla nomenclatura, nella quale io non posso seguire il PAMPALONI) quelle ragioni, addotte dallo UNTERHOLZNER e da lui accettate, non mi convincono interamente. Il domino non può (per diritto classico) avocare a sè l'*actio furti;* egli non può che liberare da ogni responsabilità il commodatario, nel qual caso vien meno ogni interesse di costui. Ma, finchè dura la responsabilità del commodatario solvente, egli solo per diritto classico è legittimato all'azione. Che poi l'azione non competa contro il domino, deriva dal fatto che qui appunto quell'interesse vien meno.

E, poichè le fonti tanto insistono su questo interesse del detentore, mi pare verosimile che oggetto dell'azione sua fosse appunto il *duplum* o il *quadruplum* dell'*id quod sua interest*, non del *verum rei pretium* (quale invece era, secondo le sagaci osservazioni dello stesso PAMPALONI, per i giuristi classici, nell'azione del proprietario).

Si noti come la custodia, ossia la responsabilità in cui uno incorre per il fatto che detiene la cosa, sia quasi il contrapposto della *retentio*, che

datario per legittimare la propria azione avrebbe dovuto forse dimostrare la propria *culpa*? E invece tali dubbi erano meno facili, per es., per il *fullo* e il *sarcinator* (la cui capacità, come risulta anche dall'esposizione di Gaio, fu prima ammessa); costoro hanno pure un interesse nel senso che, non presentando il lavoro finito (sia pure per caso fortuito), non hanno diritto alla mercede; cfr. l'indice greco delle Istituzioni (4, 1, 15). Giustiniano ci assicura che rispetto al commodatario qualche riluttanza a concedergli (s'intende, prima della sua condanna) l'*actio furti* continuò sempre in alcuni giuristi *(hoc paene iam fuerat concessum)*, benchè noi di siffatta opinione discordante non troviamo traccia nelle fonti nostre. Memoria, del resto, di non dissimili controversie rispetto al creditore pignoratizio trovasi in D. 47, 2, 12, 2.

È noto come questo punto fu modificato da Giustiniano. Il commodante ha la scelta, se agire contro il commodatario o contro il ladro, e il commodatario non ha l'*actio furti*, se non dopo che il commodante l'abbia convenuto. Se il commodante si rivolge direttamente contro il ladro, il commodatario è senz'altro liberato; infatti con ciò stesso il commodante ri-

---

significa invece un vantaggio congiunto al fatto della detenzione. Non è quindi strano che nell'uno e nell'altro caso siasi concessa l'*actio furti*.

Il proprietario, nel diritto classico, non ha azione di furto, finchè dura, come dicevamo, la responsabilità del commodatario solvente.

Ciò è anche indicato da quella frase: " ad dominum actio redit ". Noi quindi ammettiamo che il proprietario, quando non abbia interesse, non abbia l'*actio furti*, purchè, si noti bene, questa azione possa essere esperita da qualche altro; altrimenti si avrebbe la conseguenza della impunità del ladro. In questo senso va inteso quanto scrive Gaio (3, 203; 205), nella cui esposizione si vorrebbe invece trovare un errore: " *nec* domino *aliter* (furti actio) competit, *quam si eius intersit* rem non perire.... Si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, *non dominus*, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, *ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse* ". Cfr. pure i §§ 206-207; e parrà chiaro che il concetto di azione derivativa è remotissimo dal pensiero del giureconsulto romano. Si noti da ultimo che il commodatario ha l'*actio furti*, anche se la cosa fu rubata dopo la morte del commodante e durante la giacenza dell'eredità (D. 47, 2, 14, 14).

conosce che quest' ultimo non è in colpa per l'avvenuta ablazione. Se si rivolge contro il commodatario, sapendo con certezza il furto avvenuto (altrimenti dovrebbe dirsi, se egli così facesse per l'opinione o anche per il semplice dubbio che la cosa si trovasse presso il commodatario), il ladro rimane liberato in suo confronto e rimane esposto all'azione del commodatario. Giustiniano non contempla esplicitamente l'ipotesi che il commodante convenga il commodatario, ma questi venga assolto perchè affatto immune da *culpa*, secondo le osservazioni da noi fatte.

Al quesito non si riferiscono (benchè da esse si possa forse argomentare) le seguenti parole (§ 1 *e*): « sin autem... veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, *ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem* ». Esse vanno intese in relazione alla controversia, che l'imperatore voleva decidere, e significano, che il commodante non può più agire contro il ladro, se il commodatario risulta insolvente [1]. I giuristi classici in numerosi passi attestano che il commodatario ha l'*actio furti*, a meno ch' egli non sia insolvente. In tale ipotesi egli non ha interesse, poichè, non potendo dare quanto non ha, nulla ha da temere dalla persecuzione del commodante. Il principio è teoricamente ineccepibile; ma praticamente a quali difficoltà non conduce! *Quid*, se egli è solvente al tempo del furto e diventa più tardi insolvente? *An in casu actio furti ambulatoria sit necne? Quid* in caso di solvenza parziale? La decisione di Giustiniano si riferisce appunto al problema, *an actio sit ambulatoria* in ragione della solvenza.

La decisione di Giustiniano è, del resto, poco felice. Come si sente nell' involuto e turgido periodare tutta la penosa sottigliezza bizantina, che, volendo attuare un esemplare logico ed etico, non si cura dei due requisiti così importanti della certezza e della facile applicazione! Si direbbe che l'imperatore presti il modo facile per eludere la propria disposizione.

La competenza dell' *actio furti* al commodatario conduce ad un altro interessante problema. Potrà egli trattenere il lucro

---

[1] Il ladro sarebbe qui liberato? Parrebbe di sì, secondo quello che si legge in fine del § 2. Le *ambiguitates* dei *veteres* saranno state *ambages*, ma questo complesso di norme come si potrà qualificare?

fatto con l' intentare l' *actio furti*, o dovrà restituirlo, al commodante? Le opinioni dei giuristi erano qui divise [1]; lo stesso Papiniano ha mutato avviso in proposito. Papiniano si riferiva al caso, ordinario ai suoi tempi, in cui il commodatario convenisse il ladro prima di essere a sua volta convenuto dal commodante. Poteva egli trattenere il di più, restituendo al commodante la *aestimatio* o la cosa stessa, se pur questa fosse in qualche modo ritornata a lui [2]? Evidentemente potevano presentarsi argomenti per ambedue le alternative; da una parte si poteva dire, e si diceva infatti, che il commodatario non doveva ricavare lucro da questo negozio e che la *poena furti* gli perveniva appunto *ex occasione rei commodatae*, dall' altra che la pena del furto gli era devoluta, in quanto che il delitto era stato compiuto anche a suo danno e che pertanto essa non proveniva tanto dalla sua qualità di commodatario, quanto da quella di offeso dall' altrui delitto, e però in forma di riparazione e di compenso. In sostanza è questa la motivazione della seconda sentenza di Papiniano, che l' imperatore ci riferisce con parole del resto tutt' altro che papinianee: « ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur; nec sit damno tantummodo deditus, qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare ». Si dice, insomma, che il delitto viene a recar danno al commodatario, che può doverne rispondere verso il commodante, e che, dal momento che per il delitto egli soffre, non è ingiusto che ottenga una riparazione. Giustiniano dice di accogliere tale sentenza; è, del resto, affatto inutile che lo dica. Ormai non è più il commodatario che prende l' iniziativa, è il commodante. Il commodatario non può agire contro il ladro, che dopo di aver dovuto soddisfare il commodante: questi, una volta che abbia ottenuto tale soddisfazione, non ha più alcuna pretesa.

---

[1] Cfr. GLUECK, *Ausf. Erl.*, XIII, 463.

[2] L' esposizione di Giustiniano (§ 3) pecca in più modi di inesattezza. Egli parla del *dominus* commodante e del commodatario, verso cui il ladro *condemnationem passus fuerat, non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti.* Ma il commodatario in ogni caso non poteva ottenere che la *poena furti;* la *condictio* e la *rei vindicatio* rimanevano sempre riservate al domino.

Se viene, durante la giacenza di un'eredità, rubata una cosa commodata ad essa pertinente, il commodatario avrà l'*actio furti* « quamvis hereditati furtum fieri non possit »; è chiaro come si considera che il delitto ricada sullo stesso commodatario: cfr. D. 47, 2, 14, 14.

Se autrice del furto fosse stata la moglie stessa del commodatario, i giuristi classici erano incerti sul da farsi. Il commodatario, nella previsione di essere convenuto dal commodante o, più ancora, dopo la condanna a favore di quest'ultimo, come potrà rivalersi contro l'autrice stessa? Il marito non ha *actio furti* contro la moglie per le ablazioni avvenute durante il matrimonio; anche l'*actio rerum amotarum* non può esperirsi che contro colei, che *uxor fuit.* Quindi taluni giuristi erano senz'altro disposti a concedere qui eccezionalmente l'*actio furti* al marito. Giustiniano decide che al marito spetta (e, devesi pure intendere, durante il matrimonio) l'*actio rerum amotarum*, qualora il commodante preferisse di rivolgersi contro di lui: ciò che, del resto, è qui obbligato a fare qualora sia pienamente solvente (c. 22 cit., § 4). Sembra anzi che qui l'imperatore, colto da scrupoli singolari *(ne ex huiusmodi occasione inter maritum et mulierem, qui non bene secum vivunt, aliqua machinatio oriatur et forsitan, marito volente, uxor eius extrahatur et furti patiatur poenalem condemnationem)*, voglia che paghi in ogni caso il marito (anche se non colpevole del furto), salvo poi a rivalersi *in simplum* contro la moglie; insomma, tutta la decisione tende a sottrarre questa alla pena del furto.

Se il furto è commesso da un servo (e lo stesso dicasi, per diritto classico, se da un *filiusfamilias*) del commodatario, bisognerebbe a rigore distinguere. O il padrone è colpevole di mancata sorveglianza, e in tal caso niun dubbio che debba rispondere con l'*actio commodati;* l'azione nossale di furto tramonta (sempre — s'intende — per il diritto classico) per mancanza d'interesse. Se invece il padrone non fosse colpevole, rimarrebbe la sola azione nossale, la quale bene spesso risulterebbe più grave per il commodatario, che non l'*actio commodati;* infatti essa tende in prima linea alla pena del doppio. Questo punto sarà stato di volta in volta regolato dall'equità del pretore; generalmente però è da credere che si accordasse l'*actio commodati* anche nella seconda ipotesi: ciò

è troppo consono al carattere di buona fede del giudizio. Un tale risultato è, del resto, confermato da D. 47, 2, 54 (53), 2 : « Quod si servus tuus rem tibi commodatam subripuerit, furti tecum actio non est, quia tuo periculo res sit, sed tantum commodati ». Un simile risultato devesi pure (in analogia, del resto, alla c. 22, 4 cit.) ammettere per il diritto giustinianeo, precludendosi così il diritto di scelta concesso dall' imperatore al commodante.

Se il furto fosse invece perpetrato dal servo del commodante, il commodatario risponderebbe verso costui, qualora versasse (come suole avvenire) in colpa; ma avrebbe a sua volta l'*actio furti* contro il commodante. Se, però, il commodante rimette l' *actio commodati*, ovvero restituisce l' estimazione percepita dal commodatario, l' azione di costui tramonta per mancanza d' interesse.

Si può domandare se al padre, al cui figlio è stata commodata la cosa, compete l' *actio furti*, giacchè egli può essere convenuto *de peculio*. « ... Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat (non è a lui personalmente che incombe il dovere della sorveglianza): sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est, fideiussit, non habet furti actionem. neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit ... ». Anche Celso era dello stesso avviso (D. 47, 2, 14, 10).

Perchè, dunque, la responsabilità in cui taluno può essere travolto in seguito al furto altrui (come pure il vantaggio, che taluno verrebbe a risentire se la cosa non fosse rubata) legittimi all' azione di furto, occorre che costui tenga personalmente la cosa, che vien rubata, e la tenga, come aggiunge il fr. 86 (85) ibid., *domini voluntate:*

« . . . is autem, qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator ob rem sua culpa subreptam non habet furti actionem. item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius, non habet furti actionem: sed nec is, qui fideiussit pro colono ».

Ho chiuso la trattazione con l'accenno a questo frammento, che pur direttamente non vi si riporta, per rivendicarne il senso evidente contro l' erronea spiegazione del Bruckner, il

quale ha messo la sua infelice esegesi a fondamento del suo libro sulla custodia [1].

La responsabilità del commodatario può essere, del resto, in più modi accresciuta. Anzitutto mediante apposito patto; chè nulla vieta al commodatario di assumersi il rischio del caso fortuito (cfr. C. 4, 23, 1 e D. 13, 6, 21, 1 : « si tibi rem periculo tuo utendam commodavero etc. »). Troviamo anche un *commodare communi periculo.* Ordinariamente quel patto va congiunto alla *rei aestimatio* [2]; la cosa viene stimata al suo valore e il commodatario si obbliga indistintamente a restituire la *res* o la *aestimatio.* La semplice *aestimatio* non ha altro significato che quello di dare una base al calcolo per il risarcimento nella ipotesi che la cosa si danneggi o perisca per colpa del commodatario. In tal senso va inteso D. 13, 6, 5, 3 : « ... et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit* ». Le ultime parole vanno appunto accentuate [3].

È chiaro che l'*aestimatio* per sè stessa non può avere che uno dei due significati testè esposti : nè possiamo accogliere l'opinione che nella ipotesi di un commodato a favore del commodante (in cui, come vedremo, la responsabilità del commodatario è limitata alla *lata culpa*) l'*aestimatio,* ove non serva meramente a stabilire il valore della *res commodata,* accresca tale responsabilità solo fino al grado della *culpa levis* [4].

Questa teoria si basa sul principio (il quale, del resto, mi sembra intrinsecamente inesplicabile), che l'*aestimatio* accresca di un grado la responsabilità ; secondo tale principio il com-

---

(1) *Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach r. R.* (Preisschrift), 1889 ; cfr., specialmente, § 12 i. f. e § 13 i. pr.

(2) L'obbligazione risulta alternativa : cfr. D. 24, 1, 7, 5 (ammessa la comune lezione). La recente esegesi del FORMIGGINI, *Stima,* p. 71 non mi pare possibile.

(3) Egregiamente lo Stefano ad h. l. : ἐν ᾧ δὲ διατετιμημένον ἔλαβε τὸ χρησθέν, οὐχ ἁπλῶς, οὐδὲ ὡς ἔτυχεν, ἀλλ' ὡς ἀναδεχόμενος τὸν τοῦ πράγματος κίνδυνον, ὑπόκειται τοῖς κατὰ τύχην συμβαίνουσιν ὁ χρησάμενος. E lo scoliaste ci assicura che l'edizione di Cirillo coincideva in tale esegesi con la σημείωσις dello Stefano. Cfr. DONELLO, *Comm. iur. civ.,* 7, 3 ; GLUECK, XIII, p. 434. In contrario, per es., STRYCK, *Usus mod.,* h. t., § 4 e COCCEII, *Ius civ. contr.,* h. t., q. 21.

(4) Cfr., per es., LAUTERBACH, *Collegium theor.-practicum,* in h. t., § 22.

modatario risponderebbe del *periculum* della *res aestimata*, essendo egli già tenuto a osservare tutta la diligenza [1]. Questo principio (benchè la cosa non sia stata avvertita) si trova, del resto, già con precisione espresso nelle paragrafi di Stefano (ad D. 17, 2, 52, 3) con parole, che io qui traduco fedelmente: « Bisogna dunque sapere che l'*aestimatio* aggiunge (un grado) alla responsabilità inerente, naturalmente, al negozio; e quindi nel commodato, in cui già si rende conto per la custodia, aggiunge l'obbligo di rispondere per i casi fortuiti; nella società, in cui la responsabilità è per il dolo e la negligenza, aggiunge quella per la custodia ».

Anzi, simili parole sembrerebbero pienamente conformi alla dottrina del Baron a chi non avvertisse, che lo Stefano richiama esplicitamente i propri insegnamenti dati al titolo *de commodato* e che, pertanto, egli intende per κουστωδία la diligenza assoluta, per ῥαθυμία la mancanza relativa di negligenza, la così detta *culpa in concreto.*

Ma l'unico fondamento di tali dottrine (che contrastano, per es., a quella della *dos aestimata* etc.), è D. 17, 2, 52, 3, tanto per i bizantini che per i moderni. Un tal frammento non ha, per chi spregiudicatamente lo esamini, il valore, che gli si attribuisce:

« Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit ».

Nel paragrafo antecedente si discute quale sia in genere la responsabilità del socio. Ulpiano riporta e approva il parere

---

[1] Secondo il BARON, che accoglie tale principio (I, 84 sg.: cfr., però, II, 275 sg.), tra i gradi di responsabilità deve entrare anche la custodia; il commodatario, che è già tenuto alla custodia, con l'*aestimatio* si obbliga a rispondere pur della *vis maior;* mentre chi è tenuto solo per la *culpa*, con l'*aestimatio* accresce la sua responsabilità ed è tenuto per la custodia. E cita naturalmente D. 17, 2, 52, 3. Sull'inammissibilità di questa graduale elevazione della responsabilità operata dalla *aestimatio* cfr. anche il FORMIGGINI, *Stima*, p. 57 sgg., che però intende diversamente il fr. 5, 3 (l. c., p. 64).

di Celso, secondo il quale il socio è tenuto in grado maggiore (e, cioè, alla diligenza assoluta), quando egli conferisce la sola opera propria e l'altro invece conferisce il capitale. Nel presente paragrafo continua il discorso e ci dice che per regola generale il socio non risponde però mai dal *damnum fatale* (che, come abbiamo dimostrato, non è che il caso fortuito); da ciò si fa una illazione al caso di chi *pecus aestimatum accepit.* Qui l'*aestimatio* non può essere rivolta ad accrescere la responsabilità del socio (poichè in tal caso se ne sarebbe discorso non nella conseguenza, ma nella premessa); l'*aestimatio* avviene qui, in un'ipotesi in cui un socio conferisce l'opera e l'altro il capitale, solo per stabilire l'entità di questo conferimento. Il giurista sceglie questa ipotesi, poichè è quella in cui la responsabilità del socio si eleva fino alla *culpa levis* (troppo imponendosi l'analogia della locazione); egli, infatti, lo dice responsabile di tutti i danni, che avvengono *dolo aut culpa eius,* espressione che poi sostituisce con custodia in piena armonia con la nostra dottrina. Il *furtum* (e va inteso con tutte le limitazioni esposte) è paradigma della perdita colposa, appena potendosi ammettere un caso di *furtum* nei limiti accennati senza negligenza del socio; come il *latrocinium* è paradigma del *damnum fatale*, essendo difficilmente ammissibile che la perdita sia qui ascrivibile a *culpa.*

Del resto non occorre una esplicita pattuizione delle parti, perchè s'induca dalla *aestimatio* l'aumento di responsabilità. L'intenzione delle parti può benissimo rilevarsi dalle circostanze. Un esempio (che però non si riferisce al commodato) porge D. 19, 5, 17, 1:

« Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes ».

Qui l'*aestimatio* può avere per sè ambo i significati, nulla essendo più naturale che chi dà altrui una cosa da vendere ne faccia fare la stima per norma comune. Ora Labeone, seguito da Pomponio, ammetteva la più rigorosa interpretazione solo quando il mediatore assumeva l'iniziativa del negozio,

come rivolto precipuamente a beneficio suo; in ciò naturalmente essi si regolavano secondo le consuetudini commerciali del loro tempo. Ad ogni modo è chiaro come bastasse all' uopo che l' intenzione delle parti risultasse implicita nel negozio [1].

Un altro caso, in cui la responsabilità del commodatario aumenta, è, come si è visto, quello, in cui egli ecceda i limiti dell' uso concessogli. Quali temperamenti debbano ammettersi, è già stato detto. Del resto, se qui si può dire che il commodatario risponda del caso fortuito (nel senso ch' egli non dà occasione all' evento dannoso, ma solo costituisce la condizione di cose, in cui l' evento dannoso può poi esperire la sua efficacia) [2], dall' altra parte si può pur dire che risponde della sua colpa, essendo colpa il venir meno agli obblighi contrattuali [3]. E l' una e l' altra concezione si trovano nelle fonti.

Il fr. 5, 4 h. t. dice: « ... si... contigit... aliquod damnum fatale, non tenebitur (il commodatario), nisi forte, *quum posset res commodatas salvas facere, suas praetutit* ». Cfr. quasi con le stesse parole Paul. *Sent.* 2, 4, 2.

Una tale proposizione è stata variamente intesa e applicata. La Glossa riteneva che il commodatario dovesse sacrificare le cose proprie per salvare le commodate, solo quando

---

[1] S'è voluto vedere un' antinomia fra questo passo e D. 19, 3, 1, 1, preso parimenti dall' opera *ad edictum* di Ulpiano. Ma, per quanto concerne l' opera genuina, giova notare che le parole: " aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit ", contengono appena l' inizio di una trattazione circa la natura della *aestimatio*, di cui noi ignoriamo le successive applicazioni alla materia speciale. Per quanto poi concerne il diritto giustinianeo, è ovvio integrare il fr. 1, 1 con le più precise determinazioni del fr. 17, 1. Secondo il FORMIGGINI (*Stima nella conclus. dei contratti*, p. 93) nel fr. 1 Ulpiano considera " il contratto estimatorio nella sua assolutezza spoglio da circostanze, che lo avvicinano a questo o a quel contratto nominato, volendo porre in evidenza la efficacia della stima, elemento essenziale e caratteristico del rapporto ". Ma esiste un contratto estimatorio nella sua assolutezza? Piuttosto si può credere che il giurista cominciasse a considerare l' ipotesi meno infrequente.

[2] " La responsabilità — dice bene il PERNICE, *Labeo*, 2, 374 — non deriva nè da maligna nè da imprudente adduzione dell' evento dannoso; essa dipende da ciò che il responsabile ha creato la situazione, in cui l' evento ha potuto con danno operare ".

[3] Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, 2, § 375, n. 10.

queste fossero più preziose. Altri distinguevano a vantaggio di chi fosse il negozio. Se ad esclusivo vantaggio del commodatario, costui deve sacrificare le cose proprie per salvare quelle commodate; se a vantaggio del commodante solo, deve applicarsi il principio che ciascuno è prossimo a sè stesso, e quindi che il commodatario non ha alcun dovere di sacrificare le cose proprie per salvare le commodate; se a comune vantaggio, deve guardarsi quale cosa è di maggior pregio e questa preferire nel salvataggio (1). Altri hanno creduto che in questo passo s' insegni solo, che il commodatario in caso di necessità deve proteggere tanto le cose proprie, quanto le commodate; il commodatario sarebbe quindi in regola, quando avesse usato per le une e per le altre la stessa cura. Questa interpretazione, che già si trova nell' opera dello Schömann (2), ha avuto fra recenti autorevoli scrittori buona accoglienza; così, per es., dallo Hasse (3), dal Löhr (4), dal Pernice (5). Insomma qui tornerebbe un principio, che, analogamente espresso, si trova anche per la cosiddetta *culpa in concreto*.

Altri scrittori intendono il testo alla lettera (come essi dicono, poichè non è certo la sola versione che si accordi con la lettera); il commodatario in caso di necessità deve sacrificare le cose proprie per salvare le commodate, sieno queste più o meno preziose. Ma qui sorge nuova disparità di vedute. Alcuni stimano essere questo un principio comune a tutti i *bonae fidei iudicia* (6): è contrario in genere alla buona fede che taluno impieghi più diligenza per le cose proprie che per le altrui. Qui taluno cerca un vantaggio dalla omissione di una azione, a intraprendere la quale è giuridicamente obbligato. Ritengono quindi che lo stesso principio valga perfino per il deposito (cfr. D. 16, 3, 32).

Altri, invece, opinano che si tratti di una norma speciale per il commodato (7): che anzi biasimano come esagerata (8).

---

(1) Cfr. Cocceii, *Ius. civ. contr.* h. t. q. 9.
(2) *Schadensersatz*, I, p. 194.
(3) *Culpa*, p. 217 sgg.
(4) *Beiträge z. Theorie der Culpa*, p. 26 sg.
(5) *Labeo*, 2, 355.
(6) Voet, h. t., § 4; Glueck, *Ausf. Erl.*, 13, 410.
(7) Donello, *Comm. iur. civ.*, 17, 7, § 26 in fine.
(8) Van Wetter, *Oblig. en dr. r.*, 3, p. 67.

A mio avviso nulla non è più giusto della decisione di Ulpiano e di Paolo. In un caso di necessità il commodatario salva la *res propria* sacrificando la *res commodata*; se non avesse sacrificato questa, avrebbe perduto la propria. Che cosa di più giusto, che debba risarcirne il valore al commodante? Che cosa di più conforme alla *bona fides*?

Non, dunque, perchè sia nel caso concreto una colpa l'avere sacrificato la cosa altrui, risponde il commodatario; ma perchè sarebbe contrario alla natura della buona fede ch' egli si trattenesse il lucro fatto mediante il sacrifizio della cosa del commodante.

Viceversa può attenuarsi la responsabilità del commodatario anzitutto per pattuizione fra le parti (che possono escludere ogni responsabilità, eccetto che per dolo: D. 13, 6, 17 pr.), quindi per essere il negozio rivolto a solo profitto del commodante (nel quale caso la responsabilità del commodatario si equipara a quella del depositario) o per essere a comune profitto delle parti (e allora il commodatario non è tenuto oltre la diligenza *quam suis*).

Cfr. D. 13, 6, 5, 10:

« Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit; utputa si quis *ita convenit*, vel *si sua dumtaxat causa commodavit*, sponsae forte suae vel uxori, quod honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit (1) ».

Circa il secondo punto cfr. il fr. 18 pr. h. t.:

« ... si utriusque (gratia commodata sit res), veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet ».

Il passo ha dato occasione ad alcune difficoltà. Cominciando dalla fattispecie, l'Accarias trova che essa è male scelta,

(1) Per farsi onore, acquistare benemerenza.

giacchè si tratta piuttosto di *societas* che di commodato [1]: altri parla di un commodato contratto in occasione di società [2]. Io accetto la prima opinione, essendo a mio avviso chiaro che le singole prestazioni debbano essere assorbite nell'unità del negozio, che dallo scopo viene caratterizzato [3]. Del resto, ciò ha poca importanza; l'esempio è male scelto, ma la dottrina che ne pende è sicura. Il commodatario deve prestare la *culpa*, ma non la *culpa in abstracto*, bensì quella relativa corrispondente alla *diligentia quam suis*. Ciò risulta specialmente dal confronto con le *res dotales*. Invece nascono dubbi per la menzione delle *res pignori datae*. Giacchè il creditore pignoratizio è tenuto alla diligenza assoluta, non alla relativa. Già il Hasse [4] aveva proposto di leggere *in rebus societatis;* lo scambio, però, che dovrebbe esserci stato negli esemplari genuini di Gaio (poichè i contemporanei di Giustiniano avevano, come ora vedremo, avanti gli occhi il medesimo testo che noi abbiamo), non è per sè troppo verosimile. Nel suo indice dei Digesti Teofilo, non sapendo come uscirne altrimenti, arrivò ad affermare che il creditore pignoratizio non è tenuto che per la *diligentia quam suis;* opinione, del resto, insostenibile. Taluno, come il Dernburg [5], ha fatto ricorso a una conciliazione storica; si sarebbe ammessa in origine una responsabilità per dolo, quindi per *culpa in concreto*, finalmente per *culpa in abstracto*. Ma, comunque si pensi in proposito (la questione non appartiene a questo luogo), certamente questo punto dovette essere risolto ai tempi di Gaio; a Gaio (*res cottidianae*) appartiene Inst. 3, 14, 4 — come altrove abbiamo dimostrato —, che esige dal creditore pignoratizio la diligenza assoluta. Altri ha pensato ad un'interpolazione per *rebus fiduciae datis* [6]. Si obbietta che il fiduciario è pur tenuto, come

---

[1] *Précis de droit romain*, II^4, p. 254. L'ACCARIAS avverte del resto opportunamente che anche per il *socius* si volle limitare la responsabilità al solo *dolus*, Inst. 3, 25, 9.

[2] Per es., BARON, II, 235.

[3] Praticamente, del resto, il risultato in discorso non muta, sia che si consideri il negozio come società o come commodato.

[4] *Culpa*, p. 156 sg. Cfr. BARON, I, 79; II, 235.

[5] *Pfandrecht*, I, p. 151 sg.

[6] LOEHR, *Culpa*, p. 216.

il creditore pignoratizio, alla diligenza assoluta (1). E piuttosto si è voluto pensare ad alcuni casi in cui, per concorso di circostanze mitigatrici, la diligenza richiesta dal creditore pignoratizio si riducesse a quella *quam suis* (2). Anche questa spiegazione non parmi verosimile, poichè il giurista qui pensa evidentemente a casi, in cui la responsabilità per diligenza relativa costituisce la regola e non l' eccezione.

A me pare che l' opinione del Löhr sia tuttavia la preferibile. I compilatori avrebbero operato la consueta sostituzione, senza ben avvertire (come è avvenuto in altri passi) le differenze di trattamento fra il *pignus* e la *fiducia*. L' obbiezione, che pure il fiduciario è tenuto alla diligenza assoluta, manca di prove (come tale io non posso riguardare la citazione di D. 13, 7, 22 pr.); è anzi molto verosimile che il fiduciario, come domino, non abbia a rispondere circa la *res fiduciae data* di maggior diligenza di quella, che è solito usare per le cose proprie. Così anche starebbe assai bene il confronto col marito rispetto alle *res dotales* e col *socius* (nella maggior parte dei casi) rispetto alle cose sociali. La citazione della Coll. 10, 2, 2, che si fa dai sostenitori della tesi contraria, viene in nostro appoggio, poichè ivi si parifica la responsabilità *in fiduciae iudicium et rei uxoriae actionem*. Alla tesi del Löhr portano suffragio i risultati dei più recenti studi in materia di interpolazioni; *pignori dare* suole stare appunto in luogo di *fiduciae dare* (3).

Disputata è la misura della responsabilità nella ipotesi di più commodatarii. Di questa tratta un difficile passo del nostro titolo, D. 13, 6, 5, 15:

« Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit.... quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur.... sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum ... ».

---

(1) Cfr. Lenel, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., 3, p. 109; Pernice, *Labeo*, III, 1, p. 139.

(2) Pernice, *Labeo*, 2, 369.

(3) Gradenwitz, *Ztschr. der Sav.-St.*, R.A., 7, p. 46 sgg.

Una cosa deve ammettersi come sicura: e cioè che l'ultima frase è interpolata. L'interpolazione risulta e dall'esplicito paragone con i *rei promittendi* e dalla mancanza di oggetto al verbo *praestiterit* e soprattutto dalla parola *conventus*. Forse che solo il pagamento successivo al processo aveva tale efficacia liberatoria? (1).

Da questo passo, il quale del resto è stato in più altri modi alterato, senza che ci sia dato escogitare gli opportuni rimedi, appare che gli stessi giuristi classici erano dubbiosi circa il punto in questione: taluni proponevano di tener responsabili *pro parte* i singoli commodatarii, mentre altri, fra cui Celso seguito da Ulpiano, inclinavano a tenerli responsabili in solido, in modo però che, contestata la lite con uno di essi, gli altri venissero liberati. In diritto giustinianeo tale efficacia liberatoria non compete più alla contestazione di lite, in forza della nota costituzione riferita in C. 8, 40, 28 (2).

Per altro siffatta responsabilità presuppone che ciascuno versi in colpa. Lo stesso Celso dice chiaramente che si tratta di rispondere *in totum* del dolo, della colpa, della diligente custodia. Ordinariamente, quando l'uso è comune, sarà pure comune la colpa, benchè non nel medesimo grado; per es., alla maliziosa condotta dell'uno corrisponderà la mancata vigilanza dell'altro. Tale differenza di grado nella colpa non esclude la correalità, come non l'esclude la differenza di grado nel consenso (3). È tuttavia pienamente escogitabile (4) che la colpa sia esclusivamente a carico di uno fra i commodatarii (si pensi, per es., che taluno danneggi la cosa, senza che gli altri possano prevedere; o anche usi violenza contro gli altri, che tentano impedire); in questo caso naturalmente la responsabilità non concernerà che lui solo. Può da ciò nascere un inconveniente pratico nella maggior difficoltà di prova, in quanto

---

(1) Cfr. ASCOLI, *Obbligazioni solidali,* p. 33; EISELE, *Archiv f. die civ. Pr.,* 78, 435 sg.

(2) " Osserva — scrive lo Stefano in h. l. — come non solo nella stipulazione, ma anche nel commodato due possono essere solidalmente tenuti, come *rei promittendi* „.

(3) Inst. 3, 16, 2. Cfr. ASCOLI, l. c., p. 30 sg.

(4) In contrario l'ASCOLI (p. 28), il quale però esagera la portata della responsabilità in genere del commodatario.

che il commodante dovrebbe dimostrare che la colpa era propria del singolo commodatario da lui convenuto; ma sarebbe non minore inconveniente far rispondere chi non può essere rimproverato di colpa veruna.

Ordinariamente si stima contradittorio al citato fr. 5, 15 il fr. 21, 1 di Africano:

« In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat *pro cuiusque parte*... ».

Che tra Giuliano (Africano) e Celso vi fosse divergenza di parere, tanto più in argomento da Celso stesso designato come disputabile, è fin troppo ammissibile; la difficoltà della conciliazione non sarebbe d'impaccio che per il diritto giustinianeo. Gli scrittori variano [1]: chi ritiene inconciliabili i passi, chi li stima in diversa guisa accordabili fra di loro. A me sembra che anche per il diritto classico non sia punto necessario statuire una contraddizione. Si tratta di un esempio di responsabilità per caso (tale suole appunto, come già si è visto, considerarsi la *fuga servorum*) assunta per esplicito patto e assunta *communi periculo*. Questa clausola non può significare altro, se non che tutti si assumono di sopportare insieme il rischio; e tale clausola non può in altro modo applicarsi, se non facendo da ciascuno compensare *pro rata* il danno.

Diverso è il caso di più eredi dell'unico commodatario. Per la colpa propria non c'è ragione che non abbiano a rispondere integralmente, poichè essi subentrano nella obbligazione, e le conseguenze della colpa si riportano alla cosa intera. Ma per la colpa del loro autore non rispondono che *pro rata*, giacchè si tratta di un'obbligazione già nata ed esistente nella eredità e dividentesi quindi, secondo le norme generali, in proporzione delle quote. Così va inteso il fr. 3, 3:

« Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte, qua heres est, convenitur ».

---

[1] Steph. in *h. l.*; CUIACIO, *ad Afr. VIII* (*Opp.*, ed. Neap., I, 1442); RIBBENTROP, *Correalobl.*, p. 133; ASCOLI, p. 32 sg.

A questa proposizione succedono le seguenti parole: « nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae, nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat ».

Non sono necessarie molte osservazioni per attribuire ai compilatori questo periodo [1]. Basterebbe la contraddizione intima e irrimediabile fra il *conveniri pro parte* e il *condemnari in solidum*. Formalmente è sospetto *nec faciat*; più ancora il ritmo compilatorio *nisi forte - tunc enim*. Sostanzialmente la decisione è cattiva. Un coerede non può arbitrarsi di restituire anche la parte degli altri, a rischio di danneggiarli e di compromettere le buone ragioni che eventualmente abbiano di non restituire.

Poche parole circa l'ipotesi di più commodanti. Se nel contratto si è esplicitamente pattuito che ciascuno potesse farsi rendere l'intiero, non v'ha dubbio circa la validità di simile clausola; altrimenti ciascuno non può agire che per la sua parte (D. 16, 3, 1, 44). E solo per la propria parte agiranno i singoli coeredi dell'unico commodante.

La restituzione della cosa va fatta dal commodatario nel tempo, nel luogo e nel modo indicato; ove altro non sia convenuto, resta a suo carico il trasporto (D. 13, 6, 5 pr.). La restituzione può, in virtù della natura di buona fede del giudizio (e, se anche si agisse *in factum*, in virtù dell'esplicita clausola), farsi anche durante il processo al fine di evitare la condanna; naturalmente essa deve farsi *arbitratu iudicis* con la prestazione di tutto l'interesse dell'attore. Se il convenuto non restituisce, hanno luogo le conseguenze ordinarie: l'attore pnò *iurare in litem* e il giuramento forma allora la base della *condemnatio* (fr. 5, 1 h. t.).

Se il convenuto ha la detenzione della cosa, pagando la *aestimatio*, ne diventa proprietario [2]; altrimenti, egli non è tenuto a pagare l'*aestimatio* che dietro cauzione del commodante di rendergli la cosa, ove pervenga nuovamente a lui, o dietro cessione delle azioni a lui competenti (frr. 5, 1; 7, 1;

---

[1] Son lieto di trovarmi d'accordo con l'EISELE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 13, p. 124 sg.

[2] Purchè, si capisce, sia domino il commodante; altrimenti è nella condizione di un *emptor rei alienae*.

13 pr. h. t.). Del resto, ove la cauzione fosse omessa, sempre potrebbe il commodatario mercè il *contrarium iudicium* ottenere la prestazione della cosa o la restituzione del pagato (fr. 17, 5).

Contro il commodatario possono competere al commodante simultaneamente più azioni. Possono, per es., competere (oltre, naturalmente, l'*actio commodati*) l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*; possono competere azioni penali, per es. *furti* (sia che il commodatario arbitrariamente si impossessi della cosa *(furtum possessionis)*, sia che scientemente ne faccia uso illecito *(furtum usus)*), *legis Aquiliae*, etc. [1]. Tali azioni non si possono esperire integralmente in cumulo. Chi ha esperito la *rei vindicatio* potrà agire *ex commodato* solo per la eventuale eccedenza dell'interesse suo contrattuale sulla conseguita *aestimatio*. D. 47, 2, 72 (71) pr.:

« Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur ».

Cfr. pure D. 13, 6, 18, 1.

Tuttavia prevalse l'opinione che, esperita prima l'azione di commodato, si potesse quindi esperire l'azione penale, deducendosi quanto con la prima si fosse conseguito (D. 13, 6, 7, 1).

Capitolo V.

Doveri del commodante.

Iudicium commodati contrarium.

Il commodante deve permettere al commodatario di compiere il pattuito uso della cosa, che prima non può ripetere. Cfr. D. 13, 6, 17, 3: « Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati fi-

---

[1] Eventualmente anche la *condictio furtiva*. Il furto, come a suo luogo si è spiegato [*supra*, p. 135 sg.], può commettersi nella stessa conclusione del contratto: D. 13, 6, 14.

nemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles ». Per es., taluno ha prestato una tavoletta cerata, perchè io vi faccia scrivere il chirografo del mio debitore; la tavoletta non può essere richiesta, se non quando io non ho più bisogno di tal prova, per essersi l'obbligazione estinta; *nam si negasses, vel emissem* (avrei comperato o questa o altra tavoletta) *vel testes adhibuissem.* Ovvero taluno mi ha prestato delle travi per sostenere i ponti durante la fabbrica di una casa; le travi non possono ridomandarsi prima che i ponti siano disfatti.

Se pertanto il commodante intentasse intempestivamente l'azione, dovrebbe senza dubbio venire respinto. Se poi arbitrariamente ritogliesse la cosa al commodatario, dovrebbe rispondere verso costui nel *contrarium iudicium* di tutto l'interesse positivo del contratto. Ciò risulta dalle stesse parole di Paolo, che abbiamo ricordate: « quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti *in mutuas praestationes actionesque civiles* »; ma è detto anche più chiaramente in fine del paragrafo: « ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est ».

Tuttavia con tale sottrazione il commodante non si costituisce reo di furto, qualora non spetti al commodatario un *ius retentionis*. In tal caso, infatti, compete al detentore, tanto contro il domino quanto (e *a fortiori*) contro i terzi, l'azione di furto, basata appunto sul fondamento di questo. Una tale azione (per evidente analogia di quanto sappiamo circa il furto patito dal creditore pignoratizio) persegue il *duplum* o il *quadruplum* non del valore della cosa sottratta, ma dell'interesse del detentore, di quanto cioè il detentore avrebbe potuto ottenere con l'esperire il suo *ius retentionis.*

Solo nei casi in cui, come vedremo, compete al commodatario un *ius retentionis*, gli spetta pure l'*actio furti* contro il commodante *subripiens*; come spetta, per es., al venditore contro il compratore, che senza aver pagato il prezzo gli sot-

tragga la cosa comperata (D. 47, 2, 14, 1). I testi però, in cui tali principii sono riconosciuti, non vanno immuni da qualche difficoltà esegetica.

D. 47, 2, 15, 2:

« Sed eum, qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, *quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis.* ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, *etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit* ».

La motivazione *quoniam nihil* etc. sembra poco accordarsi con quanto sopra abbiamo esposto. Un interesse del commodatario vi è tutte le volte che non è finito l'uso convenuto; e dovrebbe in questi casi accordarsi l'*actio furti* contro il commodante? Se non che il paragrafo devesi interpretare nel suo complesso e, inoltre, con qualche discrezione. L'interesse, che ha il commodatario a terminare l'uso della cosa, non è quello su cui si fonda la sua azione di furto contro i terzi, giacchè un tale interesse cede affatto di fronte a quello ben prevalente del domino, che pure dal furto rimane offeso. Noi sappiamo invece che l'azione di furto si fonda sulla sua responsabilità di fronte al commodante. Il giurista dice solo che, nel caso in cui la cosa sia sottratta dal commodante medesimo, tale responsabilità vien meno, e con essa il fondamento ordinario dell'azione. Ma quando l'interesse del commodatario si presenti quasi nella struttura di un diritto reale, come *ius retentionis*, allora *cum ipso domino*, anche col domino, si può agire per il furto. Cfr. D. 47, 2, 60 (59).

D. 13, 6, 21 pr.:

« Rem mihi commodasti, eandem subripuisti: deinde, cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi: postea comperi a te esse subreptam. quaesitum est, quae mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore ».

Perchè non siavi furto della cosa, è chiaro dopo quanto si è detto; ma perchè non si riconosce furto del denaro? I greci (Stefano) rispondono che nell'accettare un pagamento

indebito non suole esservi furto, e hanno sostanzialmente ragione (1).

Si sogliono però indicare alcuni casi, in cui il commodante può ripetere la cosa prima che sia compiuto l' uso pattuito; ove ciò si ammetta, ne segue che, s' egli di proprio arbitrio ritogliesse la cosa al commodatario, non ne dovrebbe rispondere con l' azione contraria di commodato. Tali casi sono così indicati dal Windscheid (2), che in proposito riassume la *communis opinio*: *a)* quando il commodatario abusa della cosa (3); *b)* quando il commodante stesso ha urgente bisogno della cosa e il commodatario può restituirla senza danno incomparabilmente maggiore.

Entrambe queste eccezioni si fondano sull' analogia di quanto C. 4, 65, 3 dispone in materia di locazione.

La prima sembra più facilmente ammissibile, poichè essa scende quasi naturalmente dal carattere del contratto. Sta bene che non sia ancora compiuto l' uso pattuito, ma sta parimenti che l' uso, che il commodante vuol far cessare, non è, o per l' indole sua o per il modo di esercizio, quello previsto da lui.

Ma assai più gravi sono i dubbi che si elevano circa la seconda eccezione. Quella disposizione, in quanto concerne la locazione, è di natura affatto singolare, e come tale non suscettibile di analogia, come da un pezzo è stato osservato (4); essa urta contro il principio generale che i motivi dei contratti (il locatore dà la cosa in affitto perchè stima che non ne avrà bisogno per sè stesso) non influiscono sulla consistenza dei medesimi. Si è detto che vi ha pure una differenza fra conduttore e commodatario: il primo, se gli venga tolta anzi tempo la cosa, risparmia per l' avvenire la mercede e con questa può sperare di trovare altra cosa equivalente; ma il secondo, che usa gratuitamente della cosa, può difficilmente sperare

---

(1) Cfr. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano*, in *Arch. giur.*, 47, p. 444 sgg. [cfr. *Scritti*, V].

(2) *Pand.* 2, 375.

(3) Sia per mancanza di cure, sia per esorbitare dai limiti dell' uso pattuito.

(4) WEBER, *Natürliche Verbindlichkeit*, p. 388[6]; SCHMIDT, *Comm. und prec.*, p. 185.

che altri ripeta a suo beneficio quella concessione, che gli è stata interrotta (1).

Alcuni, anzi, fra i sostenitori della *communis opinio* (2), trovano poco sicuro l'argomentare dalla c. 3 cit. e preferiscono appellarsi senz'altro « alla *bona fides*, quale noi dobbiamo immaginarci nel commodato » (3). Ma l'argomentazione non mi pare troppo persuasiva: la *bona fides* è anzitutto rispetto pieno e leale dei patti; nè io credo che, se non fosse stata la c. 3, sarebbe mai venuto in mente ad alcun interprete di opporre questa eccezione alla regola che il commodante deve lasciare compiere al commodatario l'uso convenuto.

Si aggiunga che nei testi, in cui si afferma non potere il commodante ripetere la cosa prima del termine pattuito o prima che sia finito l'uso convenuto (fr. 5 pr.; 17, 3 h. t.; C. 4, 23, 3), non fu aggiunta dai compilatori neppure una parola che accennasse ad eccezioni. Il Kritz (4), veramente, è anzi d'avviso che già ai tempi dei giuristi classici il commodante potesse di regola ripetere a suo arbitrio la cosa, salvo tutt'al più l'obbligo di compensare il danno nascente dalla intempestiva ripetizione. Ma tale dottrina non è scevra di contraddizione in sè medesima; infatti, donde nascerebbe quest'obbligo di risarcimento se l'atto del commodante fosse conforme al diritto suo (5)? Contrasta inoltre con il chiaro dettato del fr. 17, 3 e non riceve veruna conferma dal fr. 5 pr. Questo ultimo passo dice: « Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat ». Non indica certo che solo nella ipotesi, che sia stato convenuto un termine, il commodante sia impedito dal ripetere arbitrariamente la cosa; ma dice che, stabi-

---

(1) Cfr., per es., il GLUECK, *Ausf. Erl.*, 13, p. 446.

(2) UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse*, 2, p. 555 sg., e, pare, anche il WINDSCHEID, l. c.

(3) Van WETTER, *Oblig.*, 3, 69: " Cette disposition (la c. 3 cit.) a sans doute un caractère exceptionnel; mais autant la règle, qu'elle consacre, est exorbitante pour un contract à titre onéreux, comme le louage, autant elle est commandée par l'équité lorsqu'il s'agit d'un acte de pure liberalité tel que le commodat; elle s'impose ici *a fortiori* ".

(4) *Pand.*, 2, 422 sg.

(5) Cfr. anche SCHMIDT, op. cit., p. 188 sg.

lito un termine, questo devesi osservare (sia o no terminato l'uso pattuito); mentre, ove un termine non sia stato fissato, la ripetibilità è regolata dalla natura dell'uso.

Oltre i casi accennati, l'*actio contraria commodati* compete per altre *iustae causae*, e cioè per le spese incontrate dal commodatario e per i danni recati a questo per i vizi della *res commodata*. Circa le spese, occorre distinguere quelle ordinarie, che sono in certo modo connesse con l'uso della cosa, da quelle straordinarie. Le fonti recano come pertinenti alla prima categoria le spese per gli alimenti del servo commodato (così dicasi degli animali) e le modiche spese per malattia o per ricupero in caso di fuga. Invece, le gravi spese in occasione di infermità e quelle considerevoli *post fugam requirendi reducendique eius causa factae* devono rimborsarsi dal commodante. Analogamente dedurremo che le lievi e ordinarie riparazioni della cosa spettano al commodatario (D. 13, 6, 18, 2).

Quali esempi di danni recati dalla *res vitiosa* le fonti ci presentano quello dei *vasa*, in cui il commodatario versa olio o vino che o si corrompe o si effonde, e del *servus fur*, che ruba al commodatario. È notevole che il commodante non risponde in tali casi che per dolo, quando cioè egli fosse cosciente delle cattive qualità della cosa e non ne rendesse edotto il commodatario: cfr. fr. 18, 3: « qui *sciens* vasa vitiosa commodaverit »; 17, 3: « *sciens* (tigna) vitiosa commodaveris ». E però nel caso del *servus fur* il commodante sarà sempre tenuto con l'azione nossale; ma con la *contraria commodati* solo « cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit » (fr. 22). Anzi ci si insegna che in siffatta materia non bisogna essere corrivi ad ammettere il dolo: « ... paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum est, nulla utilitas commodantis interveniat » (D. 47, 2, 62 [61], 6).

Il commodatario per le spese e i danni ha pure un *ius retentionis* (cfr., per es., D. 13, 6, 18, 4) da far valere nel giudizio diretto di commodato [1]. Non è, anzi, improbabile che da questo *ius retentionis* siasi poi svolto il *contrarium iudicium*:

---

[1] Ove si agisca *in ius*, la facoltà della ritenzione è già implicita nella clausola *ex fide bona*. Agendo *in factum*, occorre inserire l' *exceptio doli*.

Gaio nel citato frammento parla in modo da far ritenere essere questo il suo avviso [1]. Ad ogni modo per i giuristi classici « contraria ..... actio etiam sine principali moveri potest » (fr. 17, 1). Ancorchè il commodatario sia convenuto dal commodante, potrebbe tuttavia essere costretto a valersi per le sue contropretese dell' azione contraria; per es., per essere quanto gli spetta superiore a quanto egli deve o anche per non avere il giudice tenuto conto di tale sua contropretesa a diminuzione della condanna.

---

[1] Cfr. Pernice, *Labeo*, 2, 124 sgg.

Appunti sulla dottrina romana della "negotiorum gestio,, (*)

(con speciale riferimento al libro del Prof. Pacchioni).

L'arduo argomento della *negotiorum gestio* fu in questi ultimi anni coltivato con amore dalla scuola italiana. Il *Trattato dell'amministrazione degli affari altrui* del prof. Cogliolo è notevole per la concezione organica e robusta, ricco di buone osservazioni e non privo di qualche pagina potente; il lavoro incompleto dell' Atzeri, benchè poco fortunato nei conati originali, contiene pure delle critiche ben fatte, delle avvertenze opportune e, in genere, si distingue per una certa sagacia di apprezzamenti; quello finalmente del Pacchioni è una buona ed esauriente trattazione, che dimostra vigoria intellettuale e grande attitudine alle ricerche dommatiche nel suo autore. È specialmente su quest' ultimo libro che noi intendiamo di soffermarci, traendone pure occasione per esporre alcune idee nostre rispetto a tale istituto giuridico.

Il lavoro del Pacchioni è anzitutto dommatico. Precede invero una storia delle azioni *negotiorum gestorum;* ma questa storia è relativamente brevissima (forse più breve di quello che in alcuni punti per la pienezza della dimostrazione sarebbe stato necessario) e già in essa si delineano chiaramente i concetti dommatici fondamentali dell'autore. Secondo il P. la così detta *actio neg. gest. directa* è di origine civile, invece la *contraria* è stata introdotta più tardi dal pretore. Veramente il

(*) [In *Bull. ist. dir. rom.*, 7, 1894, pp. 85-118].

pretore avrebbe solo riconosciuto il prodotto della consuetudine e della giurisprudenza, e perciò la formula sarebbe apparsa addirittura *in ius concepta*. L'editto relativo è largamente concepito, sì da comprendere e l'una e l'altra. Prima di questo definitivo riconoscimento, il pretore poteva concedere, ove le circostanze paressero esigerlo, un' *actio in factum*; e a tali concessioni isolate riferisce il P. la frase sulpiciana, D. 3, 5, 20 (21) pr.: « .... aequum esse praetorem in eum (dominum negotii) reddere iudicium ». Argomenti precipui per tale ricostruzione storica sono l'esistenza di un editto *de negotiis gestis*, il notissimo silenzio dei *Topica* circa il *contrarium iudicium*, lo stesso fr. 20 testè riferito, l'introduzione dell'*actio funeraria*, che accenna esservi stato un tempo in cui l'editto non dava in genere azione al gestore. La difforme origine storica dei due rimedii è dal P. messa a fondamento del concetto dommatico relativo. Egli esclude che vi sia per entrambi identità di requisiti, che siano entrambi correlative conseguenze della medesima figura giuridica. Le espressioni di *actio directa* e *contraria* appartengono ai compilatori: i classici non hanno mai considerato in tal guisa il rapporto dei due rimedii. Questi sono indipendenti: sorgono *ex re*, per il concorso di determinate circostanze.

Nelle accennate conseguenze il P. si è incontrato, senza saperlo (come egli stesso ci dice nella nota posta in fine all' *Errata-corrige*), con quanto aveva scritto il Karlowa [1]. Se non che il Karlowa, pur ritenendo la così detta azione contraria di origine edittale, ammetteva che in origine essa fosse concepita *in factum* e che solo più tardi subentrasse la formulazione *in ius*. Ciò a me par molto probabile, poichè, se realmente, come crede il P., il pretore avesse recato l'editto *neg. gest.* quando già la consuetudine e la giurisprudenza avevano riconosciuto nel *dominus negotii* un' obbligazione di diritto civile, l'editto stesso sarebbe stato pienamente superfluo e anzi contradditorio: se per il giudice v' era un *oportere*, a che mai diceva il pretore *iudicium dabo?* Che poi l'azione *in factum* siasi con il volgere del tempo ridotta *in ius*, non è così strano, nè così insolito, come da taluni tuttora si dice;

---

(1) *Röm. RG.*, I, p. 463 sg.

in un nostro studio relativo al commodato diamo larghe prove di tale transito, e ci sia ora lecito rimandare ad esso i lettori (1). Qui poi (come per il *contrarium tutelae iudicium*) l' attrazione del giudizio diretto e *in ius conceptum* dovette presto decidere il transito stesso, e tale riflessione spiega benissimo perchè nel periodo classico tracce di una *formula in factum* non sussistano. L' editto stesso sembra a me pure posteriore all' altro sull'*actio funeraria;* ma non deve ritenersi molto recente, esso ha anzi i caratteri stilistici degli editti più antichi. Il fr. 20 non prova che Servio non lo conoscesse ancora; poichè, come ora ha ben visto lo stesso Karlowa (2), la sua espressione si spiega benissimo pensando che i *gestores* nella ipotesi di quel passo erano *in captivitate hostium*, quando hanno amministrato l' affare (3). Circa poi il contenuto dell' editto, il Karlowa ha pensato che non si riferisse che al rimedio dal pretore introdotto, e cioè al *contrarium iudicium;* nel 1° volume (p. 467) ritiene che l' attuale lezione di esso si debba ai compilatori, mentre l' originaria dicitura sarebbe stata « iudicium *ei* (gestori) eo nomine dabo »; nel 2° invece (p. 670) è d' avviso che tale significato abbia senz' altro il testo edittale, quale ora si legge: « si quis negotia . . . gesserit, iudicium eo nomine dabo ».

La concessione non può riferirsi che al soggetto della frase precedente, cioè al gestore: se il pretore avesse voluto riferirsi al domino, avrebbe detto « si cuius negotia gesta fuerint »; se ad entrambi, avrebbe detto « ei et in eum iudicium dabo ». Si potrebbe apparentemente opporre al Karlowa l' editto sul commodato: « quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo ». Ma questa obbiezione si può dissipare, quando si ammetta, come io ho cercato di provare nel già citato studio, che l' editto in origine non si riferisse che all' *actio in factum* del commodante (*directa*). Le ragioni, che più mi persuadono ad accogliere tali idee, oltre l' analogia generale dei *contraria iudicia*, la cui posteriore origine in confronto

---

(1) [Cfr. *supra*, p. 81 sgg.].

(2) *Röm. RG.*, II, p. 670.

(3) Il silenzio poi dei *Topica*, 17, 66 si spiegherebbe egregiamente, ritenendo che al tempo di Cicerone il *contrarium iudicium* fosse *in factum:* così non avrebbe potuto comprendersi fra gli *iudicia bonae fidei*, di cui egli discorre.

dei *directa* si può oggidì considerare come certa, sono quelle che si deducono dalla storia del *contrarium tutelae iudicium*. L'azione di tutela fu certamente concessa *ab antiquo* dal diritto civile al pupillo contro il tutore; essa ci appare come un rimedio *iuris civilis* antichissimo, della cui efficacia la memoria è costante. Non così può dirsi del *contrarium iudicium*. « Contrariam tutelae actionem praetor *proposuit induxitque in usum*, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione » (Ulp. D. 27, 4, 1 pr.). Tali parole ritiene il Gradenwitz [1] interpolate; ma in realtà senza gravi motivi. Soprattutto egli vorrebbe eliminare la dicitura *contraria actio*, che secondo lui è straniera ai classici. Ora, a me sembra risultare dalle sue stesse ricerche che la frase più corretta è bensì *contrarium iudicium*, ma che negli ultimi classici tanto rigore di espressione non è più osservato. Anche al Lenel la tesi di Gradenwitz sembra dubbia [2]. Del resto una notizia così precisa, quale questa di essere stato un rimedio proposto e introdotto nell' uso dal pretore, non poteva evidentemente essere inventata dai compilatori. Ora, questo fatto è molto notevole. Esso prova che per un tempo il tutore, obbligato ad agire, ad amministrare, a rendere conto della sua amministrazione, non aveva un rimedio diretto per il recupero delle spese fatte e doveva contentarsi di far valere un compenso, ove fosse possibile, convenuto nell' *arbitrium tutelae*. Può quindi ben più facilmente credersi che in tale condizione fosse il *curator*, la cui posizione giuridica è stata più tardi nettamente determinata, e in genere il gestore, che affatto spontaneamente si fosse ingerito negli affari altrui. Sarebbe stato pure strano che avessero un *iudicium contrarium (neg. gest.)* il curatore e il protutore [3], e non l'avesse il tutore. Nè va negletto il modo con cui Ulpiano giustifica l' introduzione del *contrarium iudicium tutelae*; esso è affatto simile a quello con cui egli stesso giustifica l'editto *de negotiis gestis*, cui giova pertanto ritenere stabilito a beneficio del gestore.

---

(1) *Interpol.*, p. 116.

(2) *Paling.*, II, 671.

(3) Circa il fr. 1, 1 e 2, cfr. GRADENWITZ, l. c., p. 117; LENEL, l. c.; ALIBRANDI, *Bull. ist. dir. rom.*, II, p. 157 [= *Scritti*, p. 587]. Cfr. D. 27, 5, 5, con l' avvertenza che Ulpiano nel libro X trattava *de negotiis gestis*.

D. 27, 4, 1 pr.:

«.... etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint ».

D. 3, 5, 1:

« Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur etc. ».

Come si vede, là scopo dell' introduzione è l' utilità del pupillo, qui l' utilità del *dominus negotii.*

Merita pure di essere considerata la parafrasi, che Gaio nel suo commentario ci porge dell' editto *de negotiis gestis.*

D. 3, 5, 2:

« Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, *tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem* ... ».

Le ultime parole son proprio la spiegazione delle edittali: « eo nomine iudicium dabo ».

Che in origine l'editto considerasse il caso di chi si assumesse l'amministrazione di tutti gli affari altrui, è, per il modo con cui esso si esprime, altamente probabile. Anche il *procurator* tipico è quello *omnium bonorum.* Del resto, l'applicazione dell'editto a chi pur gerisse un affare singolo non dovette tardare sicuramente. In parecchi autori, ad esempio nel Cogliolo, è sorta l'idea che *ab initio* il duplice giudizio *negotiorum gestorum* si riferisse al caso della *defensio* processuale senza mandato; argomento sarebbe, oltre che un preteso (ma tutt' altro che vero, come basta a provare un esame dei testi ciceroniani) significato primitivo della parola *negotium,* il modo con cui in D. 3, 5, 1 si esprime Ulpiano: « Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne *indefensi* rerum possessionem aut venditionem patiantur etc. ». Bisogna però avvertire che Ulpiano stesso continua con altri esempi, che non si riportano alla *defensio*; che, del resto, quello da lui addotto in principio è certamente molto opportuno per mostrare la necessità dell' Editto. Richiamerò piuttosto l' atten-

zione su D. 26, 7, 30: « Tutoris *praecipuum* est officium, ne *indefensum* pupillum relinquat »: se questo è precipuo ufficio del tutore, ben può essere precipua ragione per intromettersi negli affari altrui, senza che così si legittimi veruna ipotesi di precedenza storica.

A mio avviso, le due azioni *neg. gest.* sono state già dai classici considerate come due *iudicia*, uno diretto e uno contrario, affatto analoghi a quelli scaturienti dalla tutela e dal mandato. Affermando questo, io mi trovo davanti a difficoltà esegetiche e dommatiche accumulate ingegnosamente dai miei predecessori nell' ardua trattazione.

Il Cogliolo [1] ha addotto una serie di prove contro quella opinione, che è tuttora la dominante, e il Pacchioni [2] vi sottoscrive. Tali prove a me sembra di poter dirimere; verrò dopo a giustificare la *communis opinio.* Dire che nel nostro editto non è, come in altri, rilevata la prevalenza di una delle parti (cui spetterebbe il *iudicium directum*) è dire cosa, che, per chi accetti le nostre precedenti considerazioni sul carattere dell' editto *de neg. gest.*, non ha senso. Infatti l' editto non si riporta che al gestore e al *contrarium iudicium.* Si dice che in Inst. 3, 27, 1 [3] le espressioni *actio directa* e *contraria* sono dei compilatori, come prova il fr. 2 h. t.,, da cui il citato § 1 è preso. Ma prima di tutto ricorderò che la fonte del § 1 non deve ritenersi il fr. 2, che è notevolmente diverso, ma sì, come del resto in tutta questa materia, le *res cottidianae* di Gaio [4]; nè v' ha ragione urgente per credere che nelle Istituzioni non siasi riprodotto un brano omesso nelle Pandette; tutt' al più si ammetterà facilmente che *actio directa* e *contraria* sieno frasi sostituite, come altrove, a *iudicium directum* e *contrarium.* Tutto ciò ha del resto pochissima importanza, risultando chiarissimo da D. 44, 7, 5, dove è il rimanente del brano qui utilizzato dai compilatori, che Gaio concepiva il rapporto intercedente fra i due *iudicia neg. gest.* come affatto identico all' altro intercedente fra i due *iudicia* scaturienti dal mandato.

---

[1] Op. cit., I, p. 57 sg.
[2] Op. cit., p. 35 sg.
[3] Cfr. già GRADENWITZ, p. 113.
[4] Cfr. il mio studio *Sulle fonti delle Istit.*, ad h. § [= *Scritti*, 2, 398].

Un altro argomento s' è voluto ricavare da D. 3, 5, 19 (20) di Ulpiano:

« Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori et adversus successorem eius negotiorum gestorum directa et contraria competit ».

Ora questa legge (su cui nulla osservano nè il Gradenwitz nè il Lenel) è stata da parecchi, per es. dal Wlassak, dal Dankwardt, dal Cogliolo, ritenuta interpolata. Ma, se mai, i dubbi cadono sulle prime parole *apud hostes constitutus*, che paiono aggiunte dai compilatori per mettere questa legge in rapporto con la precedente. E, tolte appunto queste parole, che in realtà ben sembrano convenire ai bizantini *(constitutus!)*, il testo nulla offre di anormale; Ulpiano in qualche punto della trattazione avrà ripetuto la osservazione della trasmissibilità ereditaria (cfr. fr. 3, 7), attribuendola esplicitamente a entrambe le azioni.

Non mancano poi testi chiarissimi dello stesso Ulpiano, che si oppongono recisamente a tali conati esegetici. Il Cogliolo e il Pacchioni citano solo D. 3, 5, 7 (8), 2:

« Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest *contrario iudicio* agi ».

Il Cogliolo cerca sfuggire alla forza probante del testo, dicendo che qui *contrarium iudicium* non è detto in senso tecnico: il giurista, secondo lui, vuol dire solamente che non c' è contro il gestore la cosa giudicata ed egli può intentare un nuovo e contrario giudizio. Il Pacchioni accetta senz'altro questa spiegazione, di cui pare soddisfatto.

È inutile che io ne mostri l' intrinseca insufficienza, quando vi sono due altri passi dello stesso libro X di Ulpiano *ad edictum* (stranamente sfuggiti ai due scrittori), il cui confronto è perentorio. L' uno è D. 22, 1, 37:

« Et in *contraria negotiorum gestorum* actione usurae veniunt etc. ».

L' altro è D. 27, 5, 5:

« Ei qui pro tutore negotia gessit *contrarium iudicium* (scil. negotiorum gestorum) competit ».

Dalla *negotiorum gestio* scaturisce dunque un' azione diretta e la contraria; il che fa appunto ritenere che unica sia la base di entrambe. Non è con ciò che io voglia risuscitare la dottrina del quasi-contratto, ma bensì io voglio rivendicare la parte di vero che in essa si nasconde. E con ciò incominciamo appunto l' esame dommatico.

Secondo il Pacchioni le obbligazioni hanno la causa loro o nel contratto o *ex re*. Nell' ampia sfera delle obbligazioni nascenti *ex re* entrano, oltre quelle sorgenti dalle pretese figure del quasi-delitto e del quasi-contratto, le obbligazioni *ex delicto* e le obbligazioni che *ope iuris* scaturiscono da una determinata condizione di cose. Io non discuto se così sia oggettivamente colto il vero; ma certo non è così riprodotta la dottrina romana. L' antica scienza del diritto aveva delineato due precipue cause delle obbligazioni, il contratto e il delitto; e questo insegnamento è ancora conservato nelle Istituzioni di Gaio. Se noi pensiamo che per *contractus* l' antica giurisprudenza intendeva ad un dipresso quello che noi diremmo atto giuridico, noi capiremo il senso profondo di questa distinzione. La principale genesi delle obbligazioni si riferisce alla volontà umana: e questa o mira a scopi dal diritto riconosciuti e protetti *(contractus)*, e allora l' obbligazione tende alla loro attuazione [1], o mira a scopi illeciti e contrari all'ordine giuridico *(delictum)*, e allora l' obbligazione tende a impedirne l' attuazione, a reprimere la volontà perversa, a toglierne gli effetti dannosi. E invero la massima parte delle obbligazioni riconosciute dal diritto antico erano comprese in queste due categorie; esulavano pochissime nascenti *ope iuris* senza concorso della volontà umana, sulle quali l' attenzione dei giuristi non si era sufficientemente soffermata. Ma l' insegnamento tradizionale si trovò a disagio, quando la parola *contractus* si venne restringendo nel suo significato tecnico alle convenzioni obbligatorie, e noi vediamo chiarissime le traccie di queste sopraggiunte difficoltà nelle citate Istituzioni di Gaio. In conformità ai suoi antichi modelli, Gaio pone ancora

---

[1] S' intende, in quanto tale scopo si raggiunga per mezzo di obbligazione: così si escludono gli atti giuridici non producenti vincolo obbligatorio.

fra i contratti reali il pagamento dell' indebito; e solo sul finire dell' esposizione si arresta e avverte che in realtà la *solutio indebiti* non risponde al concetto di *contractus*, quale si era venuto fissando. Nelle sue *res cottidianae* Gaio cerca di correggere la classificazione tradizionale, e al contratto (ormai da intendersi *stricto sensu*) e al delitto aggiunge (con poca profondità) le *variae causarum figurae*. Nell' esposizione delle quali egli non seppe guardarsi dal rilevare vere o supposte somiglianze con obbligazioni contrattuali o delittuose, dando così occasione alla storta dottrina dei quasi-contratti e dei quasi-delitti. In realtà sarebbe stato meglio sostituire a *contractus* una parola corrispondente al suo antico significato e conservare così l'antica e buona classificazione, solo aggiungendo che v' ha una terza categoria di obbligazioni, che scaturiscono *ope legis*, senza il concorso di volontà umana conforme o difforme. In questa terza categoria vanno poste alcune obbligazioni che si sogliono ascrivere alle quasi-contrattuali (comunione) o alle quasi-delittuose *(de effusis et deiectis)* (1). Se, però, noi non troviamo esplicita questa classificazione in alcun testo romano, ben troviamo che i giuristi classici procedono con queste idee fondamentali. Ancora Paolo (D. 3, 5, 15 [16]) chiama *contractus* la *negotiorum gestio* precisamente là, dove tutto pende dall' esame della volontà del gestore:

« ... non multa negotia sunt, sed *unus contractus* ... hoc enim casu, si nova voluntate aliud quoque adgredi coeperit, *alius contractus* est ».

Qui è risuscitata l'antica accezione della parola *contractus* per accennare che l' obbligazione *ex neg. gest.* appartiene alla

---

(1) Le altre cosiddette obbligazioni quasi-contrattuali si riannodano a quelle nascenti da negozio giuridico e le così dette quasi-delittuose a quelle nascenti *ex delicto* (in senso civile). Si avverta bene che vi ha una grande differenza fra il *dominus negotii* che resta obbligato dall' atto del gestore e l' *habitator* che resta obbligato dall' atto del *deiciens*. Nel primo caso l' obbligazione del domino non è che la tutela giuridica dei fini propostisi dal gestore. Questo anche contro lo Hofmann, *Entstehungsgr. der Obl.*, p. 50 sg. Non si richiede in alcuna maniera che l' obbligazione sorgente da un atto giuridico si riferisca all' autore della dichiarazione di volontà: si pensi, per es., all' obbligazione nascente da legato etc.

stessa grande categoria, cui appartengono le contrattuali in senso stretto: sono obbligazioni che devono l' origine loro alla volontà umana diretta a fini tutelati e riconosciuti dal diritto (cfr. Ulp. in D. 50, 17, 23).

Il fondamento dell' obbligazione sta nel *gerere scienter pro alio*: da questo atto giuridico pendono i due *iudicia negotiorum gestorum*: esso è fondamento identico di entrambi.

A ben diverse conclusioni arriva l' ingegnoso lavoro dell'egregio Pacchioni. Anzi, nella sua massima parte è diretto a dimostrare il contrario. Io riconosco ben volentieri il prezioso contributo che durante la strada arreca allo studio dei problemi nostri, ma nel resultato finale non posso convenire con lui. Mi sia quindi lecito di esporre brevemente i suoi concetti fondamentali e di opporvi i miei argomenti.

Il Pacchioni piglia le mosse dal concetto di quasi-contratto; egli critica acutamente e felicemente e il concetto in sè stesso e la sua applicazione alla *negotiorum gestio*. Le sue critiche, però, non varrebbero (almeno quelle più efficaci) contro la costruzione di un' obbligazione nascente dall' atto giuridico della gestione. Qui non si ammette verun incrocio di volontà, nè reale nè presunto; qui tutte le specifiche conseguenze che si deducono dal quasi-contratto, considerato come un'immagine, un' imitazione del contratto, non hanno luogo. Tuttavia il Pacchioni nella parte negativa va oltre e fondandosi, come ho già avvertito, anche sui resultati della sua ricerca storica, nega addirittura che la *gestio* in sè stessa sia mai considerata nelle fonti come istituto giuridico; sostiene che le due azioni hanno requisiti affatto diversi e che non sono già esse che discendano dalla preesistente figura della *gestio*, ma che al contrario in tanto si parli di *negotiorum gestio*, in quanto esistono due azioni *negotiorum gestorum*. Requisito della cosiddetta azione diretta è semplicemente l' alienità del negozio gerito; requisiti della cosiddetta azione contraria sono inoltre l'*animus negotia aliena gerendi* e l' *utiliter gestum*. Talchè un' azione può sorgere e non l' altra: cosa che il Pacchioni ritiene impossibile ovunque i due rimedi si riconducano alla stessa figura giuridica fondamentale. Poichè ben potrà darsi in questi ultimi casi che una parte non abbia l' interesse sufficiente per esperire l'azione sua contro l' altra; ma non già che, competendo all' una l' azione, venga meno all'altra per la deficienza del fondamento giuridico.

Ma che le fonti non considerino la *gestio* come un istituto giuridico proprio, è smentito appunto dal fr. 15 (16) h. t. che ho già citato, dove essa è qualificata come *contractus* e considerata in rapporto all' intenzione che l' anima e agli scopi che l' agente si propone. Nè l' esame dei requisiti particolari delle due azioni prova che non esista un unico fondamento di entrambe. Io spero di dimostrare più avanti che la differenza dei requisiti delle due azioni non è sì grande, come pare all' egregio Pacchioni; che anzi la base oggettiva di entrambe è la medesima e che, se talora una sorge e l' altra no, ciò dipende dal fatto che o manca l' interesse o l' interesse medesimo è, per qualche ragione particolare, indegno di tutela. Questo fenomeno si ha in tutti i casi, in cui coesistono due *iudicia*, il *directum* e il *contrarium*.

Gaius ad ed. provinciale, D. 17, 1, 41:

« Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit ».

Qui è ammesso il *iudicium directum* ed escluso il *contrarium*, non perchè manchi al mandatario l' interesse (tutt' altro!) ma perchè questo interesse è indegno di tutela giuridica, in seguito all'esorbitanza dai confini dell' incarico ricevuto. Anche l' interesse del gestore può essere indegno di siffatta tutela, perchè, per es., nell'agire non abbia tenuto conto della *utilitas* del domino o abbia anche trasgredito il suo divieto; ma ciò non toglie che il fondamento dell' azione contraria sia quella medesima *gestio*, su cui si fonda la diretta: D. 44, 7, 5 pr. È contrario alla buona fede che taluno pretenda il rimborso di spese fatte oltrepassando i limiti dell' incarico, come è contrario che uno pretenda il rimborso di spese fatte senza tener conto della *utilitas* del domino. Si aggiunga poi che precisamente l' *utilitas* è il requisito generale in tutte le azioni, con cui chi ha gerito per altri domanda risarcimento; così il mandante ha azione contro il mandatario che ha gerito contro la *utilitas*, ma il mandatario non può ripetere che le spese fatte *utiliter* (*utiliter*, s' intende, con speciale relazione alle viste del mandante). Così Ulpiano, dopo aver detto in D. 15, 3, 3, 2: « Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem,

quibus casibus *procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem* », al § 4 soggiunge: « Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum, *quia nec procurator haec imputaret* ». In modo affatto analogo compare l'*utilitas* nel *contrarium iudicium tutelae*. Cfr. D. 27, 4, 1, 6:

« ... quodcumque aliud gessit *pro utilitate* pupilli, id contrario iudicio consequetur ».

E fr. 3 pr. ibid.:

« iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, *utilitatem pupilli spectabit* et an tutor ex officio sumptus fecerit ».

Niuno certamente sosterrà che i giudizi contrari di mandato e di tutela riposino sopra un diverso fondamento da quello dei relativi giudizi diretti, per la ragione che solo nei primi viene in considerazione l'*utilitas* dell'affare amministrato. Tale considerazione appartiene al diritto nella sua applicazione, non al diritto *in thesi*. Ora le stesse ragioni confortano a non scindere l'unità fondamentale dei due *iudicia negotiorum gestorum*, per il fatto che solo in uno di essi l'*utiliter gestum* viene preteso.

Tutti ora sanno come nel diritto posteriore nel campo di questi due giudizi sieno spuntati i due *iudicia utilia curationis* foggiati sul tipo dei due *iudicia tutelae*, il *contrarium iudicium protutelae*, etc. Tutta questa fioritura presuppone che già prima si avesse il concetto della *gestio*, come figura giuridica per sè stante, fondamento unico dei due rimedi giuridici correlativi.

Invece avrebbe una grande giustificazione la combattuta dottrina, se, come il Pacchioni sostiene [1], il requisito dell'*animus aliena negotia gerendi* fosse proprio della sola azione contraria. In tal caso infatti non si potrebbe ricostruire in alcuna guisa l'atto giuridico fondamentale a entrambe comune. L'atto giuridico presuppone una determinata volontà diretta ai fini, che il diritto tutela: non dico ai fini giuridici, ma a

---

[1] *Rend. Ist. Lomb.*, XXIV, pp. 507-547; *Gestione*, pp. 376-426; *Bull. ist. dir. rom.*, III, 42 sgg.

quei fini empirici, economici, sociali a cui si riferiscono i rimedi ammessi dal diritto. La volontà pertanto animatrice dell' atto giuridico, donde sgorgano azioni dirette a tutelare gli interessi del terzo *dominus negotii* e a fare da costui tenere indenne il gerente, non può essere che la volontà di gerire un affare altrui: se non addirittura la volontà di colui, che « negotia eo animo gerit, ut *aliquem sibi obliget* » (D. 10, 3, 29 pr.), almeno quella di chi *alienum negotium gesturus accedit*. Se ciò non si ammette, non resta che la disperata conclusione del Pacchioni di negare l' unità di fondamento delle due obbligazioni e di far scaturire *ex re* almeno quella del gestore.

Quanto tutto ciò, per altro, contrasterebbe con l' indole della *gestio*, quale abbiamo sopra delineata, e col vincolo strettissimo che i romani hanno sempre visto fra i due rimedi e con le analogie che essi invocano sempre, non è necessario che io dichiari con molte parole. Ora aggiungerò che la dottrina accettata dal P. mi pare scossa da alcuni testi, mentre non scuotono la nostra i testi che in contrario vengono addotti. Ed è appunto tempo che veniamo all' esame dei testi. Comincerò dai favorevoli.

a) D. 17, 1, 22, 10 (Paul. 32 *ad ed.*):

« Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem: his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. atquin, si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, *nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori*, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si, *cum soli creditores se esse existimarent*, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint ».

Occorre avvertire che *curator* qui è certo interpolato per *magister*. Il *curator* non può fare la *venditio bonorum*; egli non ha che la sorveglianza, e tutt' al più può *distrahere bona* [1], se nominato all' uopo. Inoltre il *curator* è sempre nominato del magistrato e quindi non può mai essere convenuto dai

[1] Nè ciò per i tempi di Ofilio e Trebazio!

creditori con l' *actio mandati;* mentre il *magister* è eletto dai creditori medesimi e riceve da costoro l' incarico. Avvertirò ancora che con *atquin* ripiglia il discorso Paolo; sicchè nelle parole consecutive non devesi scorgere con alcuni moderni scrittori una reliquia dell' antica giurisprudenza.

Il testo distingue fra il caso, in cui i creditori presenti sapevano esservene degli altri assenti, e il caso in cui ciò ignoravano: nel primo caso essi possono essere tenuti con l' *actio negotiorum gestorum,* non nel secondo. In questo caso si provvede con un' azione *in factum.* Da questo frammento si deduce quindi — e a mio avviso giustamente — che anche per l' *actio neg. gest. directa* occorre la volontà di gerire l' affare di un altro; volontà che vi è solo quando si ha la scienza di questa alienità del negozio.

Il Pacchioni cerca ingegnosamente di sottrarsi all' evidenza del testo. Il creditore, dice egli, che promuove l' esecuzione sui beni dell' insolvente, gerisce un affare proprio, come esercita un diritto proprio; si comprende, quindi, come non possa considerarsi in tale atto come gestore di altri creditori, di cui ignora l' esistenza. Se però un creditore conosce l' esistenza di altri e promuove la *bonorum venditio,* anche a nome loro, il negozio è subbiettivamente alieno e sorge l' *actio negotiorum gestorum (directa).* Talchè qui non si tratterebbe già di distinguere fra volontà di gerire *pro alio* e mancanza di tale volontà; ma piuttosto di distinguere fra *negotium suum* e *negotium alienum.*

È però facile vedere come così s' intrude nel testo una circostanza gravissima, di cui esso non solo tace, ma, a ben vedere, esclude la possibilità. Si dice che i creditori presenti abbiano promosso la *venditio* anche a nome degli assenti. Dov' è pure un cenno di tutto questo? E, anzi, perchè allora si distinguerebbe fra *scientes* e non *scientes?* Perchè si direbbe *tamquam si alienum negotium gessissent?* Tale frase vuol dire che il contegno s' interpreta nel senso che voglian gerire l' affare altrui; ma siffatta interpretazione sarebbe superflua, se essi dichiarassero apertamente di voler gerire per altri, dichiarazione che v' ha sempre nel *negotium* subbiettivamente *alienum.*

Una siffatta interpretazione è pur strana da parte del Pacchioni, il quale sa benissimo che il fatto di non poter tu-

telare l' interesse proprio senza tutelare anche l' altrui, che vi è inscindibilmente connesso, non basta a togliere che vi sia tanto un *negotium meum*, quanto un *alienum*, benchè intimamente compenetrati. Il Pacchioni arriva anzi più in là, ch' io non sono disposto ad arrivare; ammette cioè un concorso elettivo fra l' azione *negotiorum gestorum* e le azioni divisorie. Se questo fosse vero, quanto più l' azione dovrebbe essere concessa nel caso nostro, per cui non esiste neppure altro rimedio giuridico! Eppure l' alienità del negozio obbiettiva (alienità, che vi ha certamente, dal momento che i creditori presenti, sappiano o no, operano *in rem*) non basta per Paolo a dar vita all' azione diretta: occorre di più la *scientia;* data la quale, l' elemento subbiettivo si configura.

Per coloro poi, i quali, al par di me, non fossero disposti a riconoscere un concorso fra la nostra azione e le divisorie, il passo si spiega pure facilmente. Dalle fonti, com' è notissimo, discende la teoria che il comunista, che ha speso a comune profitto, ripete con l' azione divisoria quelle spese, che necessariamente ha dovuto fare per tutelare il proprio interesse; invece è rimandato all' azione *negotorium gestorum* per ripetere quelle spese che ha fatto nel comune interesse, mentre avrebbe pur senza di quelle potuto tutelare il proprio. Così, per es., chi ha dato *in solidum* garantia *damni infecti* per lo stabile comune, mentre a tutelare l' interesse proprio sarebbe bastato che desse cauzione *pro sua parte*: « ceterum non alias communi dividundo iudicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur » (D. 10, 3, 6, 2). La ragione di questa profonda regola, che di solito rimane incompresa, è, a mio avviso, sicuramente quella che, se io necessariamente opero a profitto di comunisti, quando tutelo il mio interesse individuale, il vantaggio perviene ad essi come conseguenza del rapporto di comunione; è quindi naturale che i conguagli si devolvano all' azione dalla comunione stessa scendente. Se invece io spendo pure per gli altri, mentre potrei non farlo senza danno dell' interesse mio, allora il vantaggio non perviene ai comunisti per effetto della comunione: l' azione divisoria non corrisponde più alla natura del rapporto e, mancando questa, si ricorre all' *actio negotiorum gestorum*. Questa esula nel primo caso, non

perchè materialmente non ne sussistano i requisiti, ma perchè, essendovi un altro rimedio, essa, come sussidiaria, vien meno. Se però nella prima ipotesi qualche particolare ostacolo vi sia per ottenere il conguaglio nell'azione divisoria, essa viene senz'altro concessa. Così nell'esempio, in cui uno dei comunisti difenda *causam communis aquae* (D. 3, 5, 31 [30], 7) o faccia una spesa *in viam* a più persone pertinente *per eundem locum*: « quae enim communio iuris separatim intellegi potest? » (D. 10, 3, 19, 2) (1). Lo stesso ragionamento deve farsi a proposito di quell'azione generale *in factum*, con cui il pretore riassesta i rapporti reciproci dei concreditori *missi in possessionem* e degli altri, il cui interesse è direttamente connesso; per tali effetti precisamente i giuristi romani paragonano questo rimedio pretorio alle azioni divisorie. Cfr. D. 42, 5, 9, 4:

« Generaliter etiam dicendum est, quidquid impendit in rem, si modo sine dolo malo impendit, repetere eum posse: *nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit,* quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur ».

Le ultime parole vanno intese con discernimento. L'essere *commune* il *negotium* non esclude, anzi implica, che sia anche *alienum*. I giuristi romani lo sanno troppo bene. Ma qui Ulpiano vuol dire che non viene in considerazione il fatto che si è gerito un affare altrui di fronte al fatto che si è gerito un affare comune, il quale è per ciò stesso compreso nel rimedio introdotto dal pretore. I requisiti di un'azione sussidiaria cedono di fronte a quelli di un'altra azione che sia concessa per un determinato fatto. Perciò Paolo scrive egregiamente (fr. 14, 1 ib.) che « datur... in factum actio adversus eum, et omne, quod *in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi,* restituendum a creditore ». L'azione *neg. gest.* è esclusa

(1) Si avverta che C. 3, 36, 18, 1 non accenna in alcun modo ad un concorso elettivo, come vuole il P., p. 356. Dice solo che le spese si possono ottenere o con l'azione divisoria o con l'azione degli affari geriti: il che è certamente verissimo, ma tutto dipende dalla natura di tali spese. Anche C. 2, 19, 3 non accenna a un concorso elettivo; se il *iud. fam. erc.* non è più esperibile, le parti sono rinviate all'azione degli affari geriti.

dalla presenza di un' altra appositamente promessa nell' editto; in quest' altra si devolve il suo contenuto.

Ma, quando i creditori presenti eleggono il *magister*, non fanno certo alcun atto, cui corrisponda uno speciale rimedio edittale [1]. Se essi hanno dagli assenti mandato, di mandato risponderanno; se eleggono il *magister* senza tale incarico, ma conoscendo l' esistenza degli altri creditori, risponderanno con l' azione dei negozi geriti. Se anche quella scienza vien meno, il magistrato potrà provvedere con un' apposita formulazione *in factum*, che nulla ha a che vedere con il generale rimedio dall' editto proposto.

b) D. 3, 5, 19 (18), 2:

« Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et *gerendi negotii mei habuit affectionem* et is fuit, quem obligare possem ».

Anzitutto si avverta che l' opinione di agire *ex necessitate servili* non impedisce che sorga l' atto giuridico, poichè non occorre all' essenza di questo che le parti ne preveggano le giuridiche conseguenze: « plerumque enim accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur ». Del resto Celso e Pomponio ammettono che il *liber homo bona fide serviens* risulti obbligato *ex commodato* o anche *ex mandato* (almeno nel senso che il preteso domino possa *cum eo praescriptis verbis experiri*): cfr. D. 13, 6, 13, 2.

Si comprende però come si fosse riluttanti a concedere l' azione di mandato. Labeone non sa trovar di meglio che l' azione degli affari geriti; Celso, il quale scrive dopo che la sua scuola ha sviluppato e perfezionato il tipo dell' *agere praescriptis verbis*, si attiene naturalmente a questo. La ragione di questa riluttanza stava in ciò che l' intenzione pratica del mandatario dev' essere quella di accettare spontaneamente un incarico, non di ubbidire ad un comando, come avviene a chi

---

[1] Si vegga il contenuto di D. 42, 5, 9 pr.

agisce *ex necessitate servili*. Labeone però, non trovando gli estremi del mandato, trova quelli della *negotiorum gestio*, per cui altro non si esige che l'intenzione di gerire un affare altrui. Tale intenzione al presunto servo non manca; l'*affectio gerendi negotii mei* non è nè più nè meno di questa.

Si suole arrecare una serie di testi per provare che l'intenzione di gerire affari altrui non sia requisito dell'azione diretta. È anzitutto inutile che noi esaminiamo alcuni passi, quali C. 3, 32, 5; 4, 51, 1; 4, 52, 1, in cui non si nomina la nostra azione e neppure è verosimile che ad essa si accenni. Piuttosto fermiamo l'attenzione nostra sui seguenti:

a) D. 3, 5, 5, 5 (3):

« Sed et si quis negotia mea gessit *non mei contemplatione, sed sui lucri causa*, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione ».

Si noti che tutto quanto il fr. 5 costituisce un gravissimo argomento a confutazione della teoria avversaria. In questo frammento vengono discusse varie questioni attinenti all'*animus* del gerente, e ciò in ordine ad entrambe le azioni. Il che difficilmente si spiegherebbe, se davvero per l'una di esse l'*animus* fosse stato superfluo o indifferente. Si fa il caso del gestore, che a torto crede esistente un mandato di gerire; del gestore che crede di Tizio il negozio pertinente a Sempronio; di chi gerisce affari del pupillo con speciale riguardo al tutore; di chi a torto crede di altri l'affare proprio o comune; del gestore che si stima servo del *dominus negotii*, mentre è libero; di chi gerisce i *negotia* del *bona fide serviens* con riferimento al presunto domino: si fanno inoltre varii quesiti circa l'eventuale influenza della *contemplatio personae*. Ma neppure si contempla l'ipotesi di una gestione con l'*animus negotia propria gerendi*, tanto questa figura è evidentemente impossibile! Si trova invece opportuno di avvertire che nulla sorge, quando taluno gerisce l'affare proprio nell'erronea credenza che sia di altri: il solo fatto, che si pone il quesito, prova come si era soliti ad esaminare anzitutto l'animo di chi geriva.

Il § 5, di cui ci occupiamo, è il solo relativo ad un affare gerito nell' interesse proprio; ma, avvertasi bene, qui pure il gestore vuol trattare un affare altrui. Intende trattarlo in modo più conforme al proprio interesse, che non a quello del principale: *negotia mea gessit sui lucri causa.* Che tuttavia abbia a nascere l' azione di gestione (diretta), potrebbe a tutta prima mettersi in dubbio sembrando tale egoismo del gestore contraddittorio ai fini, per cui la figura della *gestio* è accolta nel diritto; ma non è difficile lo scorgere che la decisione affermativa è nel vero. In tutto il campo degli atti giuridici è riconosciuto che alla volontà, per sè stessa non contraria alle esigenze del diritto (quale è per sè la volontà di gerire un affare altrui), possono congiungersi delle intenzioni riprovevoli; queste intenzioni aggravano la responsabilità dell'agente, ma non tolgono che l' atto giuridico e sussista ed esplichi le sue conseguenze. Ed appunto a quell' aggravarsi della responsabilità allude il giurista dicendo: *immo magis et is tenebitur.* L' analisi acuta dei giuristi romani arriva a discernere nell' atto stesso, nella stessa manifestazione di volontà, gli elementi di un contratto e quelli di un delitto. Si cfr. D. 13, 6, 14:

« Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio ».

La volontà di ottenere in uso la cosa altrui è per sè valida e concorre a far sorgere l' obbligazione di commodato; la volontà di ottenere tale uso, nonostante la contraria disposizione del domino, è illecita e concorre a far sorgere il furto.

Per la medesima ragione è tenuto *ex commodato* chi presta dolosamente un oggetto vizioso (D. 13, 6, 18, 3) allo scopo di far danno al commodatario. Il commodato, come la *gestio,* è riconosciuto come per sè diretto al beneficio altrui; ma se la volontà di nuocere si vale, come mezzo, della forma del commodato, questo sorge tuttavia e la sottile analisi del giurista discerne l' intenzione di commodare da quella di nuocere, che nel soggetto si compenetrano. Parimenti dicasi del caso, in cui uno, per lucrare a danno altrui, assume l'amministrazione degli affari di questi.

È poi necessario considerare come lo stesso § 5, che dà l' *actio directa* contro l' egoista gestore, concede a quest' ul-

timo il *contrarium iudicium, si circa res meas aliquid impenderit.* Come mai, dunque, il testo può essere fatto valore contro la nostra teoria da coloro i quali, come il Pacchioni, esigono per il *contrarium iudicium* l' *animus aliena negotia gerendi?* So bene che essi dicono che qui non si tratta più di azione di affari geriti, ma di una *condictio.* Ma tale esegesi è molto arbitraria. Il testo dice che il gestore *tenebitur negotiorum gestorum actione* e soggiunge: « s' egli però ha fatto spese intorno alle cose mie, avrà l' azione contro di me non per la totalità della spesa, ma per l' arricchimento da me conseguito, essendosi accinto a gerire con perversa intenzione ». Chi può credere che il giurista parli di altra azione fuorchè della *contraria negotiorum gestorum?* Tanto più che in tutto il frammento si esaminano le influenze dell' *animus* sull' una e sull' altra azione e dal discorso sulla diretta si procede a quello sulla contraria. Niun argomento, poi, deve derivarsi dal fatto che l'azione è concessa limitatamente all'arricchimento, poichè ciò è in più altri casi (cfr., per es., il pr. del frammento); ciò dipende dal principio che la *bona fides*, che anima l' azione, non concede di tener conto oltre tali limiti di spese fatte contro l' interesse del principale. È questione di diritto nella sua applicazione, non di diritto *in thesi.*

b) D. 3, 5, 49 (48):

« Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio *negotiorum gestorum actio* mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, *quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses* ».

Questo frammento offre subito, a chi voglia assumerlo come si trova, una notevole difficoltà. Perchè non si concede l' azione che nella ipotesi che la cosa venduta sia perita? A così grave quesito non parmi acconcia la risposta del Pacchioni, che « l' accenno al perimento della cosa può spiegarsi naturalmente, pensando che appunto nel caso di perimento della cosa più interessante era il decidere se competesse l' azione » [1]. Infatti, più interessante sarebbe anzi stato il

---

[1] *Gestione*, p. 168.

problema nel caso contrario per la difficoltà che allora si sarebbe avuta di conciliare opportunamente i vari rimedi giuridici. Inoltre si avverta che non siamo davanti nè a un responso nè ad un rescritto, i quali presuppongono le concrete circostanze di un fatto; siamo davanti ad una *quaestio*, dove il problema si pone secondo le esigenze teoriche. Bisogna confessare lealmente che, se l' inciso *eaque in rerum natura esse desierit* accennasse ad una circostanza teoricamente superflua, sarebbe strano ed inesplicabile. E, se non è tale circostanza superflua, come si concilia la sua necessità con la natura dell' azione degli affari geriti?

Si avverta che il nostro fr. 49 è strettamente connesso con D. 19, 1, 30 pr., tolto pure dall' ottavo libro delle questioni di Africano. Il nesso fu visto anche dal Lenel, che infatti [1] riunì i due passi sotto il numero 95. Dove però io divergo dal Lenel, si è in questo, che egli pone i frammenti sotto la rubrica *de emptione et venditione*, mentre io non so staccarli da D. 12, 7, 4 e vorrei quindi riunirli in una trattazione sulle *condictiones*. Il § 1 del fr. 30 è verosimilmente tolto da altra parte del libro. Il fr. 30 pr., la cui connessione con il fr. 49 non può del resto negarsi, fa l' ipotesi del servo venduto che prima della mancipazione sottragga dei danari al venditore; questi danari son quindi in buona fede consumati dal compratore e il giurista concede al primo contro il secondo una *condictio quasi res mea ad te sine causa pervenerit*.

Ora tale connessione merita di essere meditata. Perchè, se l' azione del fr. 49 fosse pure una *condictio* rivolta al *rei pretium* e basata sul medesimo fondamento giuridico, non solo si spiegherebbe egregiamente il fatto che il vero obbietto è costituito dal solo *pretium*, ma si spiegherebbe ottimamente l' esigenza che la cosa sia perita, giacchè solo quando vien meno la *rei vindicatio* può sorgere la *condictio*. Qui di usucapione non si discorre, trattandosi di cosa furtiva.

La decisione poi va ad ogni modo confrontata con D. 12, 1, 23, preso dal 2° libro delle stesse *quaestiones* africanee: « Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim

[1] *Paling.*, I, p. 27.

et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim ».

Si noti bene l'identica contenenza delle due fattispecie. Nell'una e nell'altra, un possessore di buona fede: circostanza questa necessaria per la *condictio*, giacchè altrimenti sarebbe eliminata dalla *vindicatio* perpetuantesi contro chi *dolo desiit possidere*. Nell'una e nell'altra, alienazione della cosa in buona fede posseduta, susseguita da perimento della cosa stessa. Nell'una e nell'altra, oggetto esclusivo della persecuzione è il *pretium*. Come mai Africano avrebbe indicata la *condictio* nel fr. 23, nel fr. 49 l'*actio negotiorum gestorum*?

Il Pacchioni pensa con il Donello che il fr. 23 alluda ad una *condictio certi ex negotio gesto*. L'azione *neg. gest.* secondo il P. non sarebbe fissata nel suo oggetto finchè la cosa sussiste e non è usucapita; perita od usucapita la cosa, il contenuto di essa, per un giusto riguardo alla condizione del possessore di buona fede, si riduce alla persecuzione del *pretium*. Trattandosi di conseguire un *certum*, il *dominus negotii* può valersi di una *condictio*.

Contro tale ingegnosa spiegazione del valente romanista io potrei ricordare i recentissimi studi del Pernice sulle *condictiones* (1), che troppo non si accordano coi suoi risultati. Ma, prescindendo da essi, io avvertirò due cose gravissime. La prima si è che Giuliano nel fr. 23 adduce il fondamento della *condictio*, e questo è riposto nell'indebito arricchimento: *quasi ex re tua locupletior factus sim*. La seconda è che con tale esegesi il fr. 49 diventa più che mai inesplicabile. Secondo il Pacchioni, l'azione *neg. gest.* sarebbe specialmente importante prima del perimento della cosa, quando non è dato *condicere certum*. E come mai allora il fr. 49 stesso mette la condizione *eaque in rerum natura esse desierit*? Poi, perchè mai lo stesso Africano, che, illustrando analoghe fattispecie nello stesso libro e secondo ogni presumibilità a poche righe di distanza, invoca la *condictio*, qui non ne fa cenno alcuno? È poi lecito supporre un fondamento giuridico diverso per la decisione del fr. 49 e per quella finale del fr. 30 pr.?

Gli stessi innegabili rapporti fra i vari passi della medesima opera africanea stanno però anche contro quegli scrittori,

(1) *Parerga*, IV, in *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 13, p. 246 sgg.

i quali ritengono avere Africano nel fr. 49 sbagliato il nome dell' azione. Africano sapeva benissimo quello che si diceva; e, se le parole *negotiorum gestorum* ora ripugnano invincibilmente e alla sostanza della decisione e alle altre decisioni dello stesso autore e ad altri chiari frammenti, la conseguenza è una sola, semplice e sicura: quelle parole non furono scritte da Africano.

Si provi a leggere senza di esse il passo:

« Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio actio mihi danda *sit*, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses ».

Non solo il passo corre così lucido e senza intoppi, ma si spiega benissimo come quelle parole siansi potute intrudere. L' intrusione è forse anteriore ai compilatori, che potevano trovare già guasto il frammento. Il giurista osservava con molta ragione che contro chi gerisce gli affari miei credendoli suoi, e in tale amministrazione con profitto suo spende i miei denari o aliena le cose mie, che poi periscono, in quanto i denari o le cose siengli pervenuti senza giusta causa (come nel precedente esempio, di cui si ha ora una generalizzazione), sarà data a me una *condictio*. Ora la menzione del *negotium gerere* fece credere a qualche poco valido interprete che si trattasse di un' azione degli affari geriti, donde venne il glossema, che determinò la collocazione del fr. 49 sotto la rubrica *de negotiis gestis*, mentre in Africano avea tutt' altra sede! Ma ben altro è il fatto che uno s' immischi nei miei affari, e quello che li amministri coi requisiti occorrenti perchè nasca la figura tecnica della *gestio* con le azioni correlative!

Credo conveniente spiegare qui anche il resto del frammento per togliere ogni malinteso:

« ... sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer ».

Nel modo stesso che chi gerisce come propri affari altrui può incorrere in una *condictio* per le cose, di cui (dato il concorso delle opportune circostanze) ha fatto perdere il dominio al suo titolare, così per contrario chi, gerendo come suo un

affare mio, perde senza rimedio e con mio profitto la proprietà delle cose sue, può valersi di una *condictio* contro di me. Un simile esempio cerca Africano di costruire. Africano escogita l'ipotesi di uno, che si crede erede, mentre erede sono io, e in tale opinione paga dei legati di *res certae* a lui pertinenti lasciati dal testatore nel tipo della *damnatio*, la quale esclude la *condictio indebiti.* Il pagamento è valido; la proprietà è perduta per il presunto erede e a tutto profitto dell'erede vero, che è liberato dall'onere di quei legati. Qui pure ha luogo una *condictio* fondata sui medesimi principii.

Le parole *quandoque.... liberarer* alludono appunto (e ciò ha visto anche il Pacchioni, il quale crede però si tratti di un' *actio neg. gest. contraria*, che gli dà non piccola noia) all'ipotesi di un legato *per damnationem*, se pure non vuolsi credere, come insinua il cattivo latino, che si tratti di una insipida sostituzione dei compilatori all'esplicita menzione che di tal tipo faceva l'antico giureconsulto.

Dalle cose finora ragionate appare come noi non possiamo seguire l'egregio Pacchioni nella esegesi ch'egli fa del difficile D. 20, 5, 12, 1: « Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipse debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat ».

L' *utilis actio* sarebbe per il P. [1] l' *utilis actio neg. gest. (directa)*: data *utiliter* perchè il debitore non ha gerito personalmente l'affare, ma ha dato solo occasione al creditore di gerirlo, costituendo la cosa in pegno.

Ma le inverosimiglianze si accumulano. Come potrebbe qui *utilis actio* intendersi senz'altro un adattamento dell'azione degli affari geriti? Poi, se chi in realtà ha gerito è il creditore alienante, perchè l'azione non si dà contro di lui, che

[1] Loc. cit., p. 159 sgg.

potrebbe sempre rivalersi a sua volta? [1]. E ancora: se si può, pur con molto sforzo, trovare un' immagine di gestione in chi ipoteca la cosa altrui in confronto del domino di essa, come mai si può trovarla di fronte al compratore, al quale la stessa azione è pur concessa dopo l' evizione? A me, insomma, pare tutta quanta impossibile tale esegesi. L' *utilis actio* a mio avviso non è che l' azione personale (quella infatti di cui sopra parla Trifonino e a cui è ovvio supporre che continui a riferirsi) già spettante al creditore pignoratizio e ora data o al *dominus* o all' *emptor* con scambio di soggetti per entro la formula, quasi per una finta cessione. Ed è infatti il contenuto di tale azione che presenta l' arricchimento oggettivamente indebito del pignorante. Prima che la scuola papinianea avesse esteso l'uso di tale rimedio (che, come è noto, si deve precipuamente ad essa), si sarà fatto ricorso a una *condictio* basata senz' altro sull' arricchimento e affatto analoga a quella nel fr. 49 concessa all' erede presunto contro l' erede vero.

Rispetto all' azione contraria ho invece la soddisfazione di trovarmi d' accordo con il Pacchioni e di vedere le mie convinzioni avvalorate dalla sua autorità. Egli dirime argutamente i testi che si citano per eliminare pure in essa il requisito dell'*animus aliena negotia gerendi*. Ma, in quanto al fr. 49, io oso sperare di avere anche più radicalmente distrutta l' obbiezione. Notevoli difficoltà offre D. 5, 3, 50, 1 (Pap. 6 *quaest.*):

« Si defuncto monumentum condicionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici... eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto: quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis ».

Secondo il P. [2], Papiniano accorda al *bonae fidei possessor* un' azione di arricchimento, che è chiamata *neg. gest.*

---

[1] E cioè la sua liberazione si terrebbe in sospeso fino ad estinzione dell' azione del creditore: cfr. lo stesso passo di Trifonino più avanti.

[2] Loc. cit., p. 398 sg.

per la circostanza che il suo contenuto economico è identico a quello di un' *actio neg. gest. contraria*. Si prescinde del resto dal requisito subbiettivo in vista della necessità e dell' interesse pubblico: « l' erigere il monumento *condicionis implendae causa* non era soltanto cosa che l' erede dovesse compiere da buon padre di famiglia, era cosa che egli doveva necessariamente compiere e che avrebbe potuto essere costretto a compiere ». Il valente giurista è caduto qui in un abbaglio, da cui non hanno saputo guardarsi altri esimii romanisti (1). L'erigere il monumento *condicionis implendae causa* non può essere imposto a veruno; chè i pontefici o il principe possono costringere ad adempiere un *modus*, non una *condicio*. Chi non ha adempiuta la *condicio* non ha veste di erede, e non può quindi essere costretto ad erigere monumenti. L' errore dei chiari giuristi è derivato dalla mala intelligenza delle ultime parole di Papiniano. Il senso di esse è il seguente: Tizio è istituito erede *sub condicione monumenti faciendi*. Erige il monumento e va quindi in buona fede al possesso dei beni. Indi il testamento appare nullo e l' erede legittimo rivendica l' eredità. Costui potrebbe a primo aspetto negare di avere avuto alcun profitto dalla spesa fatta dall' erede, putativo, giacchè egli non poteva essere vincolato in alcun modo da quella disposizione del testamento nullo. Ed è appunto a tale pretesa che si oppone il giureconsulto. L' erede ha dovere di seppellire il defunto e di apprestargli un congruo monumento; e, se il defunto ha comunque manifestato la sua volontà in proposito, in via straordinaria possono imporgliene l' adempimento il principe o i pontefici. Sicchè in realtà la spesa dell' erede putativo ha avvantaggiato l' erede vero. Quale azione si darà al primo, che non abbia con l' *exceptio doli* ritenuto la spesa? Si potrebbe pensare all' *utilis funeraria*, che D. 11, 7, 32 pr. concede al *possessor hereditatis*, che *funus*

---

(1) Cfr., per es., ACCARIAS, *Précis*, II4, 428. Sostiene che si tratti di un *modus* il COSTA, *Saggio esegetico* etc., p. 9 sg. Egli dice che generalmente *condicio* sta per indicare il modo. Ma per gli atti di ultima volontà ciò non deve intendersi che con molte cautele (PERNICE, *Labeo*, 3, 26): *implere condicionem* nel senso di eseguire un *modus* mi pare senza esempi. Nè è vero quanto egli dice che il contenuto della disposizione si presti a un *modus*, non ad una *condicio*; per es., D. 28, 5, 45 (44). 35, 1, 112 etc.

fecerit, deinde victus in restitutione non deduxerit quod impenderit. Nelle spese funerarie è pur compresa quella del monumento. Ma se qui l' *utilis funeraria* non è concessa, è evidentemente per lo scopo speciale in vista del quale il monumento fu eretto: di adempire, cioè, la condizione della istituzione. Non è un erede putativo che disimpegna un dovere, che stima incombergli, mentre incombe all' erede vero. È uno che non è ancora erede nè vero nè presunto, che non ha verun dovere nè reale nè putativo, e che agisce solo per fine di lucro. Ciò è diametralmente opposto ai fini per cui l' azione funeraria è concessa. Colui, il quale *condicionis implendae causa* erige un monumento, gerisce un negozio pertinente al defunto *(qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede* (D. 11, 7, 1); poichè, non essendo ancora erede, ciò non è ancora diventato dovere e affare suo. Sta bene che egli miri con ciò all' interesse proprio, ma tale intenzione noi sappiamo non essere opposta alla volontà di gerire per altri. Ora, per chi abbia presente il citato fr. 1, la fattispecie del fr. 50, 1 si configura proprio come corrispondente alle parole edittali « si quis negotia .... quae cuiusque cum is moritur fuerint gesserit... ». Nulla dunque di strano, se per essa venga data l'azione *negotiorum gestorum,* dal momento che il negozio gerito a favore del defunto si riflette (per le osservazioni già fatte) economicamente sulla eredità, quasi negozio ereditario, con profitto dell' erede.

Così crediamo di avere abbastanza sicuramente confermato la dottrina, che esige l' *animus aliena negotia gerendi* per entrambe le azioni; vale a dire che riconduce i due rimedi alla stessa figura fondamentale della *gestio,* che noi consideriamo non già quale quasi-contratto, ma pur come atto giuridico.

Concludiamo queste note con alcune riflessioni intorno alla capacità nella gestione. Il passo, che *in sede materiae* se ne occupa di proposito, è il fr. 3 §§ 4 e 5, il quale ha dato agli interpreti difficoltà non esigue. Il § 4 dice: « Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius quod gessit patitur ». Il § 5: « Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio. curatori autem furiosi vel furiosae adversus

eum eamve dandam actionem Labeo ait ». Intanto è certo che qui Ulpiano commenta la voce *alterius* dell'editto; il discorso versa dunque sul *dominus negotii,* e riesce non poco strano che invece si parli del pupillo gestore. Tanto che il Cuiacio ha proposto una sua notissima emendazione: *pupilli sane negotia quis gessit; pupillus* etc. Parimenti risulta alquanto singolare che si affermi senza limitazione la responsabilità del *furiosus* domino del negozio; mentre da altri passi risulta che il pupillo domino del negozio risponde fino a concorrenza dell'arricchimento, ed è merito del Pacchioni di avere ben posto in chiaro questo punto e la sua intrinseca convenienza.

Ma le difficoltà di varia natura, che qui si agglomerano, possono agevolmente dissiparsi, qualora si consideri che qui noi abbiamo (e non possiamo aver altro) brani staccati del discorso ulpianeo. Ulpiano qui diceva in origine più cose, che i compilatori non potevano rispettare. Egli doveva avvertire che la responsabilità del domino del negozio non era sempre la stessa; che il pupillo, per es., il quale avanti il rescritto di Antonino Pio non rispondeva in alcuna guisa verso un gestore semplice, rispondeva però verso un gestore qualificato (protutore etc.); che similmente il *furiosus* era tenuto verso il suo curatore. Di quest' ultima regola v' ha traccia sulla fine del § 5, che del resto è in più modi alterato. I compilatori al posto dell' azione *neg. gest.* danno in tali casi l' *utilis actio curatelae contraria,* la *contraria protutelae,* etc. Il discorso sulla responsabilità del pupillo domino del negozio potè condurre Ulpiano a parlare di quella che incontra come gestore, e non vi ha ragione per emendare arbitrariamente il passo col Cuiacio (passo che è ben connesso e rispondente nelle sue parti), nè di stravolgerne col Pacchioni il significato. Secondo questo ultimo scrittore il brano in origine sarebbe stato in tutt'altro contesto e avrebbe avuto tutt' altro significato; per diritto giustinianeo va conciliato con la regola generale (D. 44, 7, 46), che *ex re* anche il pupillo rimane obbligato integralmente. All' uopo egli osserva che *locupletior factus* non può dirsi il pupillo gestore che quando, senza aver recato alcun danno al domino del negozio, abbia dalla gestione ricavato un lucro che non può ritenere. Fino a concorrenza del pregiudizio recato al domino dell'affare, di locupletazione non può parlarsi. Sicchè, ben lungi dal porre un limite alla responsabilità del pupillo,

il § 4 ne affermerebbe la massima contenenza. Ma l'ingegnosa esegesi dell'arguto scrittore riposa sovra una petizione di principio. Il concetto, che egli porge di locupletazione, suppone dimostrato ciò che non è; cioè che il pupillo gerente risponda del pregiudizio che reca. Infatti, partendo dall'opposto principio, si arriva ad una ben più naturale interpretazione. Il pupillo non risponde del pregiudizio, che gerendo altrui reca, se non in quanto tale pregiudizio si converte in vantaggio suo [1]. Nè, se fosse altrimenti, si comprenderebbe come qui s'invochi il rescritto di Antonino Pio. Le nostre osservazioni poi sulla *gestio*, in quanto è atto giuridico, dirimono in gran parte gli ostacoli che trova il Pacchioni a limitare la responsabilità del pupillo: pongono anzi in debito rapporto la sua responsabilità nelle due azioni, che abbiamo mostrato correlative, e spiegano pur bene le ipotesi del pupillo che agisce in seguito a un mandato nullo e simili. L'analogia della *communio* non serve; poichè qui veramente sorge *ex re* l'obbligazione (detratta la maschera del quasi-contratto).

Riguardo poi a quanto io sopra avvertivo, che cioè ben altra doveva essere la responsabilità del pupillo domino del negozio nei casi di gestione qualificata, risulta da D. 27, 5, 5, tolto proprio dal libro X di Ulpiano *ad Edictum* e verosimilmente dallo stesso passo, da cui son presi i due brani costituenti i §§ 4 e 5 citati. « Ei qui pro tutore negotia gessit — scrive Ulpiano — contrarium iudicium (s'intende: *neg. gest.*) competit ». Occorreva appunto affermare che qui competeva l'azione, benchè gli affari geriti spettassero al pupillo.

Una questione simile doveva farsi in D. 27, 4, 1, 1-2, dove ora tutti riconoscono l'avvenuta alterazione [2]. Al § 1 si afferma la competenza di un *contrarium iudicium* (che ora parrebbe quello *tutelae*) a favore di chi *pro tutore negotia gessit*; al § 2 si dice doversi dare un *contrarium iudicium* al *curator pupilli* e a quello *furiosi* e perfino, sull'autorità di Sabino, al *curator ventris*.

Tali appunti mi si presentarono come più rilevanti dopo un attento studio del libro del Pacchioni e, siccome mi pareva

---

(1) Cfr. *Progetto di Cod. Civ. per l'Impero germanico*, § 752.
(2) Cfr. Lenel, *Paling.*, II, 671.

che ne potesse risultare qualche sussidio per la retta comprensione dell' istituto, così li ho largamente esposti. Soltanto non vorrei che si deducesse un' erronea conseguenza dal fatto che in più modi e in cose gravissime io ho dovuto contraddire all' egregio romanista. Non è che io non conosca i pregi dell' opera sua, non ne accetti parecchie conclusioni (soprattutto nella seconda parte) e non ne abbia ricavato molto profitto. Questa lode io anzi gli tributo tanto più volentieri, in quanto che la mia franchezza nell' esporre le mie opinioni difformi la farà sembrare del tutto sincera.

La "negotiorum gestio" a favore di un incapace (*).

Una recente sentenza (1) si è occupata di un quesito molto disputato in teoria, ma che finora si era raramente presentato in pratica, quale cioè debba essere l'efficacia di una *negotiorum gestio* a favore di un incapace. Manca in proposito, come è noto, una disposizione del nostro codice civile; la Cassazione torinese ha argomentato con l' aiuto di testi romani, ed è pervenuta al risultato che la gestione debba ritenersi pienamente efficace, e che l' incapace sia tenuto con l'*actio negotiorum gestorum contraria* alla rifusione di tutte quelle spese, che rientrino nel concetto dell' utile gestione. Non sarà inutile riprendere ancora una volta in esame questo punto, che presenta non lievi difficoltà.

Coloro, i quali sono proclivi a negare o limitare la responsabilità dell' incapace *dominus negotii*, generalmente prendono le mosse dalla fallace teoria del quasi-contratto e del consenso presunto; una volta che siasi scelta questa via erronea, è ovvio come al consenso presunto non si abbia ad accordare maggior efficacia che a quello effettivo e reale. Chi pertanto non può obbligarsi contrattualmente con piena efficacia, non potrà risultare obbligato neppure quasi contrattualmente. Ma ormai la figura del quasi-contratto è stata dalla dottrina assolutamente eliminata; nè importa che il codice civile ponga la

(*) [In *Monitore dei Tribunali,* 1894, p. 341-343].

(1) Cass. di Torino 9 agosto 1893, MARIANI c. OGNIBENE, in *Monitore dei Tribunali,* 1894, p. 45 sg.

negotiorum gestio fra i quasi-contratti, poichè questo è un elemento dottrinario e non legislativo (e quindi non obbligatorio), e poi perchè il nostro legislatore ha avuto l'intenzione di riprodurre i lineamenti fondamentali dell' istituto quale era nel diritto romano. Ora, il diritto romano ha configurato la *negotiorum gestio* in modo punto corrispondente alla futura categoria scolastica del quasi-contratto immaginata dai bizantini, e, se il legislatore nostro si è ingannato in proposito, la sua personale ignoranza non deve turbare l' interprete, il quale applicherà opportunamente il detto *plus est in re quam in opinione.* E meritano lode i due più recenti trattatisti della materia, il Cogliolo e il Pacchioni, di avere interamente fatto astrazione da quella figura nello svolgere questo punto di diritto.

Per il Pacchioni le due azioni *negotiorum gestorum* sorgono *ex re;* ma la *res* fondamentale di ciascuna di esse ha requisiti suoi particolari. L' *actio directa* non ha altra base che l' alienità del negozio; la *contraria* invece richiede, oltre l' alienità del negozio, l' *utiliter gestum* e l' *animus aliena negotia gerendi.* Così l'egregio giurista distrugge sostanzialmente la figura della *negotiorum gestio;* poichè non si avrebbe più una sola e ben delineata entità giuridica, madre di entrambe le azioni, ma si avrebbero due azioni affatto indipendenti nei loro presupposti, che solo di fatto s' incontrano e s' integrano talvolta per essere i presupposti dell' una inclusi come *minus* nei presupposti dell' altra. Sarebbe, in altre parole, erroneo discorrere di due azioni scaturienti dalla *negotiorum gestio;* in tanto si discorre di *negotiorum gestio*, in quanto vi sono due azioni *negotiorum gestorum.* Nulla quindi di strano, che anche l' efficacia dell' incapacità giuridica sia per i due rimedi in grado diverso rilevante e che, mentre il Pacchioni ritiene, per es., che il pupillo risponda nell' *actio contraria* limitamente alla conseguita locupletazione, lo ritenga invece interamente responsabile, se convenuto con l' *actio directa.*

Nel *Bullettino dell' istituto di diritto romano* [1], io ho esaminato minutamente le sottili argomentazioni del valoroso giureconsulto, il cui nome è di onore alla scuola modenese

---

[1] [Cfr. vol. 7 (1894), pp. 85-118 = *supra,* pp. 205-234].

dond' è uscito; a quell' esame, che necessariamente si avvolge nell' ispida esegesi di testi difficili, mi sia lecito rinviare i lettori. Il risultato, cui sono pervenuto, è, in breve, il seguente. Dell' *utiliter gestum* a torto si fa un requisito fondamentale dell' azione contraria; esso appartiene al diritto nella sua applicazione, non al diritto *in thesi*, e come tale occorre in molte altre azioni contrarie (per es. di mandato, tutela etc.), ove a niuno verrebbe in mente di negare l' identità di fondamento col rimedio diretto. Il requisito subbiettivo dell' *animus aliena negotia gerendi* è invece comune alle due azioni. Io spero di avere rimosso gli ostacoli dommatici ed esegetici opposti dal Pacchioni alla necessità di tal requisito per l' azione contraria, e con ciò spero *a fortiori* di avere escluso l' ingegnosa ma audace opinione del Cogliolo, che nega tal requisito per entrambe le azioni. Posto un tale risultato, è chiaro che la *negotiorum gestio* si configura come un atto giuridico, rivestendo essa i caratteri di una dichiarazione di volontà diretta a fini, cui l' ordine giuridico riconosce e tutela: le due azioni nascono pertanto da un atto giuridico; esse attuano *obligationes ex contractu* nel significato antico di questa frase, quando la parola *contractus* ancora non designava specificamente le convenzioni obbligatorie. Se la genesi delle obbligazioni si riconduce, come a mio avviso occorre fare, alla triplice sorgente della volontà riconosciuta dall' ordine giuridico (atto o negozio giuridico, in quanto, s' intende, è produttore di obbligazione), della volontà contraria all' ordine giuridico (delitto, in senso civile) e della diretta efficienza dell' ordine giuridico stesso, è manifesto che la genesi delle *obligationes neg. gest.* va riferita alla prima causa. Non deve addurre difficoltà alcuna il fatto che, mentre l' obbligazione del gestore coinvolge l' autore dell' atto giuridico, quella invece del *dominus negotii* astringe colui, che in quello non ha avuto parte. Infatti anche quest' ultima obbligazione non è che la conseguenza della tutela garentita dall' ordine giuridico agli scopi propostisi dal gestore nella gestione. Vi ha una grandissima differenza fra l'obbligazione che astringe il domino verso il gestore e quella, per es., che astringe taluno a fornire altrui gli alimenti, etc.; quella sola è preordinata a tutelare i fini propostisi dall'agente. È un errore vieto quello che mette tra gli effetti degli atti giuridici quelli soli che ricadono sui

loro autori; e questo errore ha in più modi condotto fuor di strada quelli che hanno trattato delle fonti delle obbligazioni, non escluso il Hofmann, di tutti il più profondo ed acuto. La stessa obbligazione contrattuale astringe molte volte persona diversa da quelle, che hanno contrattato. Nel diritto moderno, in cui si ammette generalmente la cosiddetta rappresentanza diretta, ciò si avvera in larga misura; ma anche nel diritto romano sono molti i casi di questa natura (1). Si dice che qui taluno è tenuto in forza del vincolo di rappresentanza; ma ciò è meno esatto. Il rapporto di rappresentanza è la condizione che rende possibile la reazione degli effetti contrattuali su persona dai contraenti diversa; ma la causa prossima dell'obbligazione attiva o passiva del terzo è il contratto, e l'azione, con cui o agisce o è convenuto, è l'azione contrattuale. È appunto che i fini che i contraenti si propongono (fini, che il diritto riconosce e protegge) non si attuerebbero, se il terzo non acquistasse un credito o non incontrasse un debito.

Quale sarà, dunque, l'effetto dell'incapacità delle parti rispetto alle obbligazioni *negotiorum gestorum*? Conviene, io stimo, esaminare prima la dottrina romana (a cui fa capo anche la nostra sentenza) e procedere quindi alle conseguenze, che per il diritto moderno se ne possono ricavare. All'uopo diremo prima brevemente dell'incapace gestore. Che costui non possa obbligarsi che fino a concorrenza dell'eventuale arricchimento, è cosa che già per sè avrebbe potuto attendersi; poichè il diritto mira appunto a difendere l'incapace contro gli effetti della sua dichiarazione di volontà. La contraria opinione del Pacchioni deriva dalla sua manchevole concezione della base dell'azione diretta; per lui in realtà non sussiste un negozio giuridico e l'azione diretta sembra piuttosto affine alle azioni *ex delicto*. Ma sta chiarissimo contro di lui il fr. 3, 4 h. t., il quale parla di una obbligazione del pupillo limitata all'eventuale locupletazione in forza della nota costituzione di Antonino Pio. Nè io so perchè non si debba ammettere qui pure un'analoga norma per il diritto moderno. Le restrizioni alla capacità contrattuale non hanno altro fondamento, che la sconvenienza di mantenere contro l'incapace le conseguenze della

(1) Cfr., per es., VANGEROW, *Pand.*, III, § 608.

dichiarazione di una volontà o apparente o malsicura; ma tale fondamento per la sua stessa natura anzichè alla dottrina particolare dei contratti va riferito a quella più generale degli atti giuridici. Nè serve il dire che allora può essere grave pericolo per chiunque l'immissione di un incapace negli affari suoi. Giacchè ben maggiore inconveniente può essere la limitata o negata capacità contrattuale (cui il terzo in buona fede ignori); in ogni modo, si tratta di scegliere fra due mali il minore, e un male sempre ha da essere (1).

Più arduo è il problema per il caso attuale, cioè del *dominus negotii* incapace. Giacchè il domino del negozio non è tenuto per la sua volontà, ma incorre in un' obbligazione scendente da un atto giuridico, di cui egli non è l'autore. Ma il diritto romano ammette certamente che il pupillo non risponda (oltre i limiti dell' eventuale locupletazione) verso il gestore, a meno che costui non gerisca per dovere giuridico (circostanza quest' ultima ordinariamente inosservata) (2).

Ritengono taluni che queste regole siano da applicarsi esclusivamente al pupillo, non agli altri incapaci, e la precipua ragione di tale asserto sta in quanto si contiene in D. 3, 5, 3, 5:

« Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio: curatori *autem* furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Labeo ait ».

Ma a tale opinione si oppone la sua grande irragionevolezza; si può anche opporre che nel nostro testo va certamente inserito un « non » (« *non* competit » o « *nec*... competit »), giacchè altrimenti l' *autem*, che indica il contrapposto, non si spiegherebbe. Si comprende invece che, negata in genere l'azione contro il pazzo, la si concedesse (però Labeone dice doversi

---

(1) È notevolissimo quanto si dice in D. 14, 3, 9 sulla *praepositio institoris*. Si noti che qui l'interesse dei terzi avrebbe dovuto soprattutto imporsi e che la *praepositio* di fronte ai terzi non è certo un contratto, pur essendo naturalmente un atto giuridico.

(2) Per la dimostrazione rinvio al già citato articolo del *Bullettino* [*supra*, p. 231 sgg.]; qui avvertirò solo che nulla provano in questa materia D. 3, 5, 21, 1. 44, 7, 46: il quale ultimo si riferisce alle azioni scaturienti immediatamente *ex re*, e a queste la nostra appartiene.

dare l'azione *neg. gest.* al curatore del pazzo contro di questi) al *curator furiosi*, che aveva un dovere di gerire e che non aveva altro rimedio giuridico per provvedere all'indennità propria, precisamente come si concedeva integralmente l'azione diretta contro il pupillo al protutore, etc.

Perchè il diritto romano non concede solo limitatamente l'azione contro l'incapace? La ragione, io credo, non deve cercarsi in principii generali, ma nel contenuto specifico dell'istituto. Il *gerere pro alio* è rispetto agli incapaci una necessità permanente, che la legge regola con norme particolari; vi sono apposite persone, che hanno per ufficio loro siffatta gestione ben determinata da varie cautele. Ognuno vede quale gravissimo inconveniente si avrebbe poi nel riconoscere illimitatamente ogni gestione dei terzi, che abbia la figura tipica della *negotiorum gestio*.

Siffatti motivi ben possono ritenersi tuttora valevoli almeno per quelle categorie di incapaci, che corrispondono alle romane del *pupillus*, del *furiosus*, etc.

La nostra sentenza cade in errore, quando afferma la piena responsabilità dell'incapace secondo il diritto romano, e troppo leggermente ammette senz'altro tale principio per il diritto moderno.

E nemmeno avrebbe potuto la nostra sentenza basarsi sull'argomento che il *curator furiosi* può esperire integralmente l'azione contro il *furiosus* stesso, il *protutor* contro il pupillo, etc. Giacchè si presuppone, secondo i testi, che costoro non abbiano esorbitato dai limiti del loro ufficio; essi hanno agito in conformità al loro dovere giuridico, ed è giusto provvedere alla loro piena indennità. Ora il diritto classico per il *protutor* e per il *curator furiosi*, il diritto giustinianeo per quest'ultimo non riconoscono veruna azione speciale; bisogna quindi ricorrere alla sussidiaria azione dei negozi geriti. Ma nell'ipotesi della sentenza il gestore ha ecceduto i limiti del suo ufficio e, compiendo un atto che non rientra nell'ordinaria amministrazione, ha trascurato di provvedersi dell'autorizzazione necessaria.

Ciò posto, chi non vede quanto è pericoloso, quanto contrario ai fini della legge, il permettere l'integrale esperimento dell'*actio negotiorum gestorum*? Comprendo un'azione di arricchimento limitata all'effettiva e tuttora sussistente locupleta-

zione; non comprendo un'azione *neg. gest.* in cui si devolva tutto l'interesse del gestore.

La Corte dice aversi qui una gestione « corrispondente ai presunti intendimenti di colui nel cui interesse l'affare sia stato gerito ». Ma, senza ripetere le solite obbiezioni contro simile concetto dell'utile gestione, avvertirò solo che nel caso nostro colui, nel cui interesse il negozio fu gerito, è un incapace, in cui non si presume verun intendimento, e, appunto perchè non si può attendere in tale persona verun proposito illuminato e serio, essa è posta in condizione di incapacità.

Le osservazioni, che noi abbiamo creduto di fare alla sentenza della Corte torinese, versano nel campo del diritto positivo. Diritto positivo è per noi in questa materia (nè è sfuggito alla Corte, che pur ne ha fatto così erronea applicazione) il diritto romano: non perchè esso sia fonte giuridica diretta per noi, ma perchè il codice nostro ha dal diritto romano assunto l'istituto nella stessa fondamentale struttura, nella stessa funzione; perchè, insomma, la legge nostra ha per questa parte riaffermato il diritto romano. Tuttavia in quanto abbiamo esposto si trova anche una giustificazione della disciplina romana, che non rende desiderabile una innovazione *de iure condendo.* Per tali motivi non crediamo opportuno quanto statuisce nel § 756 il *Progetto di codice civile per l'impero germanico,* che concede integralmente l'azione diretta contro l'incapace; mentre giustamente al § 752 non si concede contro di lui l'azione contraria, o tutt'al più si concede fino a concorrenza dell'arricchimento.

Sulla teoria generale dei " pacta „ (*).

Il prof. Carlo Manenti ha pubblicato di recente un libro intitolato: *Contributo critico alla teoria generale dei pacta* (1). In questo lavoro, notevole per feconda originalità di pensiero, vigore di critica e sicurezza di dottrina, egli arriva a risultanze, che, se fossero comprovate vere, rovescerebbero tutta la comune dottrina dei patti in diritto romano e costringerebbero a modificare in più di un punto la teorica, in genere, delle obbligazioni. Anche la storia di vari istituti giuridici dovrebbe essere diversamente intesa. Mi par quindi opportuno esaminare questi nuovi risultati e confrontarli con la dottrina generalmente riconosciuta.

L' opinione del Manenti mi pare che si possa riassumere brevemente così. Non è vero quanto si suole insegnare, che i *pacta* e le *conventiones* sieno sostanzialmente la medesima cosa, e cioè indichino qualsiasi accordo di volontà fra le parti, qualsiasi accettata promessa. Tale senso generale ha bensì la parola *conventio* o *conventum*; ma la parola *pactum* ha un senso più ristretto e particolare. Si ha il *pactum*, quando una delle parti rinuncia a favore dell' altra totalmente o parzialmente ad un suo diritto. Il *pactum* fatto durante il processo era già riconosciuto efficace nelle XII tavole: *rem ubi pacunt, orato.* Più tardi, come l' autore ricava dal libro *ad Herennium* 2, 13, 20, si riconobbero per opera della giurisprudenza anche i *pacta* fatti senza l' occasione del processo (in vista di un possibile processo futuro); sicchè ogni *pactum* senz' altro venne a godere

---

(*) [In *Filangieri*, XVII, 1892, pp. 65-92].

(1) Siena 1891: cfr. *Studi Senesi*, voll. VII-VIII.

la piena tutela del diritto. Che, infatti, il *pactum* produca eccezione e non azione, non è effetto di un imperfetto riconoscimento da parte del diritto; bensì è la naturale conseguenza della natura del patto, il quale (come rinuncia di un diritto a favore di un altro) può fornire soltanto mezzi di difesa. Il diritto, accordando l'*exceptio* al *pactum* (talora anche l'efficacia di eliminare *ipso iure* la pretesa avversaria), ha tutelato questo pienamente. La *conventio* invece, fatta appunto eccezione dei *pacta*, che rientrano come specie nel genere delle convenzioni, non ebbe mai come tale e in genere protezione dal diritto romano, che trovò sempre pericoloso il permettere che si creassero diritti e obbligazioni con la nuda volontà delle parti. La *conventio*, in quanto non implichi *pactum*, non suole avere efficacia giuridica; nemmeno poi genera una obbligazione naturale, come tuttavia da molti si ritiene.

La dottrina è molto ingegnosa, e non meno ingegnose sono le dimostrazioni dei vari punti di essa. L'A. comincia dallo stabilire bene il senso e la funzione che il *pactum* aveva secondo le XII tavole e nel processo antico: quindi, specialmente sulla base del citato passo *ad Herennium*, vuol mostrare che, se poi il senso e l'ufficio del *pactum* vennero allargandosi, ciò avvenne sempre mantenendo il carattere di rinunzia ad un diritto. La rubrica dell'editto dovette essere *de pactis et conventis*, il che, secondo l'A., prova che anche per il pretore il *pactum* era diverso dalla convenzione; per quanto tale diversità ora non appaia dal commento di Ulpiano, il quale — sempre secondo l'A. — fu a questo punto gravemente alterato dai compilatori, che vollero possibilmente ravvicinare i due concetti. L'A. cita quindi una serie di testi delle Pandette, in cui quel significato di *pactum* da lui affermato appare perspicuo. Con tale concetto di *pactum* si spiegano, a suo avviso, assai meglio che non altrimenti, le origini e lo svolgimento di parecchi istituti giuridici romani; come la costituzione delle servitù per i fondi non italici, il *pignus*, la donazione, la compravendita e la locazione. Anche nelle fonti posteriori (che non dipendono dalla compilazione giustinianea), come la *Consultatio*, la *lex romana Wisigothorum* e la *lex romana Burgundionum*, tal concetto di *pactum* si trova mantenuto.

Nelle XII tavole noi troviamo il precetto: « Rem ubi pacunt orato: ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam

coiciunto ». Troviamo pure: « Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto ». D' altra parte è ricordato (D. 2, 14, 7, 14) che *de furto pacisci lex permittit*: che per i confessi e giudicati *erat ius interea paciscendi* [1]. Che in tutti questi casi, qualunque sia poi l' interpunzione esatta e l' interpretazione del primo disputatissimo testo, per *pacere* s' intendesse dalla legge il venire ad un accordo, per cui l' una delle parti, gratuitamente o dietro compenso, recedesse dalla persecuzione del proprio diritto, mi pare chiarissimo. Ma era questo l' unico ed esclusivo significato di *pacere* e suoi derivati per i decemviri? Io ne dubito. Nel commento di Gaio alle XII tavole leggiamo quanto segue (D. 47, 22, 4): « his (cioè *sodalibus*) potestatem facit lex *pactionem* quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant ». Qui Gaio riferisce evidentemente il contesto della legge *(sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse)*, attenendosi possibilmente alle parole di essa. Ed è pure evidente che qui *pactio* non può significare « accordo per la rinunzia alla persecuzione giudiziaria di un diritto ». Ciò non è naturalmente sfuggito al Manenti [2]; ma egli di questo passo tenta liberarsi con una singolare esegesi. Qui *pactio* non significherebbe rinunzia a un diritto, alla sua persecuzione, ma non significherebbe neppure in genere accordo o convenzione; bensì avrebbe il significato etimologico (si pensi, dice l' A., all' accezione indo-europea del radicale *PAC*) di legame, vincolo. Che tale senso mantenesse la parola *pactio* nella lingua latina, si comproverebbe col testo ciceroniano *pro Roscio com.* 16, 46, dove si parla della *pactio verborum, quibus iusiurandum comprehenditur*. Ivi *pactio* non potrebbe indicare che connessione, vincolo [3]. Io non so perchè l'A. sostenga così recisamente che in D. 47, 22, 4 « certo male potrebbesi sostituire a *pactionem* la parola *conventionem* ». Non può tradursi, che la legge permette ai sodali di stabilire quegli accordi che vogliono fra loro [4], purchè non contrari al diritto vigente? E anzi non sarebbe

---

[1] Gell., 20, 1, 46.

[2] Op. cit., p. 72 sgg.

[3] Per me la *pactio verborum* del giuramento non può disgiungersi dal *pangere versus*. Si allude evidentemente nell' un caso e nell'altro all'accordo ritmico, studiato pur nelle formole solenni.

[4] Voigt, *Die XII Taf.*, II, 742 sg. Cfr. I, 372.

questo il senso della legge solonica da Gaio ravvicinata alla romana? Le parole ὅ τι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους non so intenderle diversamente. L'A. dice che, dovendosi ammettere ignoto in quegli antichi tempi il concetto di persona giuridica, resta escluso assolutamente che quella *pactio* dei *sodales* potesse avere effetti di diritto privato (1). Io per ora non discuto circa lo stato delle antiche corporazioni romane; noto solo che la legge permette che i soci si obblighino all' osservanza di statuti da loro stabiliti, e che tale reciproco impegno dalla legge è detto *pactio*, come si potrebbe benissimo dire *conventio*. Dire che le deliberazioni di una corporazione « non richiedono l'accordo, anzi neppure il concorso di tutte le volontà delle persone, che dalla deliberazione saranno poi vincolate, bastando a ciò il volere della maggioranza », non prova ancora che siffatte deliberazioni esulino affatto dalla categoria delle *conventiones*, pur ammettendo che così andassero le cose al tempo delle XII tavole. Giacchè chi entra a far parte di una corporazione implicitamente, ma liberamente, si obbliga a rispettare la volontà della maggioranza: rimarrà poi ad ogni modo sempre vero che la deliberazione della maggioranza rappresenta il prevalente accordo delle volontà in seno alla corporazione, si fonda sulla *conventio* (proprio nel senso generalissimo dato a questa voce da Ulpiano) della maggior parte dei membri. In questo senso riconduce Ermogeniano alla *tacita civium conventio* (D. 1, 3, 35) la forza obbligatoria della consuetudine. Risultato di tali osservazioni è dunque che *pacere* e derivati non hanno nelle XII tavole quel senso limitato di rinunzia a far valere un diritto; ma piuttosto il senso generico di *accordarsi, convenire,* nel quale pur quello rientra (2).

E io credo che tale sia il concetto di *pactum* e *pactio* anche nel tempo successivo. Il noto passo *ad Herennium* 2, 13,

---

(1) Non concordo nella versione di *lex publica* proposta dall' A., p. 77. La *lex publica* è in genere il diritto del popolo romano; in ispecie, per i decemviri, le XII tavole. Tale significato ha *lex publica* nelle parole solenni del *familiae emptor* (nel testamento *per aes et libram*): cfr. Gai. 2, 104.

(2) Cfr. la rubrica del C. 4, 59 " de .... conventu negotiatorum illicito vel artificum ... *prohibitis illicitisque pactionibus* „ e la c. 2 (1) *ibid.* di Zenone, pr. (" neve quis illicitis habitis conventionidus coniuraret aut pacisceretur .... „), e § 3 (" interdictis corporum pactionibus ... „).

20 [1], non mi pare opportuno a confermare quel ristretto significato della parola, che l'A. vorrebbe. Il retore discorre della *constitutio absoluta iuridicialis,* per cui si ammette bensì che alcuna cosa fu fatta, ma si sostiene che è fatta *iure.* Per sapere, continua, quando taluna cosa possa dirsi *iure facta*, sarà necessario conoscere *ex quibus partibus ius constet.* Tali *partes ex quibus ius constat*, ossia fonti, da cui si può derivare il diritto di agire in un determinato modo, sono la legge, la consuetudine, la sentenza, l'equità e il patto. Ora, soggiunge il retore, il patto talvolta è riconosciuto dalle leggi (e cita come esempio i patti processuali, cui alludono le XII tavole); e allora non si può discorrere di *ius ex pacto*, quando anzi la vera fonte è la legge. Vi sono invece patti non riconosciuti in alcuna maniera dalle leggi, ma generalmente ammessi per rispetto alla *fides (observantur ex convento)*; e qui si può dire, stando alle male scelte categorie dei retori, che il *ius* scaturisca dalla convenzione. Le ultime parole *quae iure* [- *i*] *praestare dicuntur* (che ritornano anche in Cicerone, *de inv.* 2, 22, 68: *pactum.... quod ... ita iustum putatur, ut iuri* [- *e*] *praestare dicatur*) non sono molto chiare. Vedi fra i moderni il Voigt [2]. Il Manenti [3], richiamandosi al suo concetto, dice che il *pactum* extraprocessuale, consistendo nella rinuncia ad un diritto, ha forza di vincere questo, se venga opposto alla sua persecuzione in via di *exceptio*: in tal senso si sarebbe detto che il patto prepondera sul diritto. Una tale versione mi pare che osti a quanto precede: si vuol mostrare come *ex pacto ius est*, come cioè dall'accordo derivi la facoltà in alcuno di agire in un determinato modo: *feci, sed iure feci.* Non quindi a una lotta fra il *pactum* e il *ius* pensa il retore; anzi ad un rapporto di parentela e di derivazione. La versione preferibile sarà la più semplice: « tali patti, benchè non riconosciuti dalle leggi, si dicono comunemente valere, avere efficacia per diritto ». Così si rispetta anche la lezione *iure*, che sembra preferibile all'altra *iuri* accolta dal Manenti. Comunque, del resto, si pensi intorno

---

(1) " Pacta sunt quae legibus observanda sunt, hoc modo: *rem ubi pacunt, orato*, etc.: sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex convento, quae *iuri* (?) praestare dicuntur ".

(2) *Ius naturale*, 4, 606 sgg.

(3) Op. cit., p. 112.

alla versione di questo passo, non si deve dimenticare che qui *pactum* viene considerato dal retore sotto un determinato aspetto e in una sola funzione. Ma quanto larga fosse per lui la comprensione del patto, ben provano le parole: « Ex pacto ius est, *si qui quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit* ». Il *pactum* non è per nulla distinto dalla *conventio*: anzi tanto *pacisci (pangere)* quanto *convenire* offrono allo scrittore i termini per una perifrasi o circonlocuzione. Anzi Cicerone nel luogo parallelo del *de inv.* (2, 22, 68) dice senz' altro: *pactum est quod inter quos convenit*, definizione ch' egli ripete ancora più avanti nel libro stesso. Io non so davvero come si potesse esprimere l' idea più largamente; non si scorge il menomo accenno a quel concetto di rinunzia, che per la nuova dottrina sarebbe stato così fondamentale!

Che Cicerone però avesse siffatta idea del *pactum*, cerca l' A. di provare altrove ([1]) con un passo del *de officiis*: 3, 24, 92. Ivi si fa la questione se *pacta et promissa* sieno sempre da osservarsi per dovere di coscienza. Ottimamente avverte il Manenti che qui *pacta et promissa* è in vece di *pacta et conventa*: infatti è chiaro che Cicerone, come si vede dai luoghi paralleli del libro I, in questo discorso ha presente l' editto del pretore. Seguono nel testo due esempi: l'uno di chi *pepigerit, ne.... medicamento umquam postea uteretur*; l' altro di chi *idque* (ossia: *se luce palam in foro saltaturum*) *promiserit*. Il Manenti riferisce il primo esempio ai *pacta*, il secondo ai *promissa*, ossia ai *conventa*, e trova che la differenza da lui propugnata non avrebbe potuto esprimersi più efficacemente. L' osservazione è ingegnosa; sono però dolente di non poterla accettare. Io ritengo che Cicerone usi quei due esempi indifferentemente (ne usa due diversi, non per riferirsi alle due voci, che si identificano sostanzialmente in un concetto solo, ma perchè offrono campo a due diverse soluzioni) e lo scambio del verbo si debba solo allo scopo di evitare la monotonia. Infatti, se qui la voce *promissa* è sostituita a *conventa*, più avanti (3, 25, 95) la troviamo sostituita a *pacta*: « facere *promissa*, stare *conventis*, reddere *deposita* »: così al lib. I (10, 32) « *promissum* aliquod et *conventum* »: insomma, tutte variazioni del

([1]) P. 119 sgg. nota.

noto binomio *pactum et conventum*, i cui due membri non differivano essenzialmente fra loro. Si confronti soprattutto la dicitura del *de off.* 3, 25, 95, « facere promissa, stare conventis, reddere deposita » con quella di 1, 10, 31, « reddere depositum, facere promissum »; donde appare che *promissum* sta per l' uno e per l' altro membro del binomio. E difatti un caso, in cui *pacisci* sta per *promittere*, è certo quello di 3, 29, 107, « *pactum* pro capite pretium » [1].

La nota dicitura *pactum et conventum*, che si può benissimo tradurre « ciò che è pattuito e convenuto », non è dunque che un' espressione pleonastica, avendo entrambe le parole ad un dipresso il medesimo senso [2]. Non differisce affatto l' altra *pactum conventum:* si tratta qui pure dell' apposizione di due sostantivi, non già di un sostantivo seguito da un aggettivo: patto convenuto. Tale opinione si trova nel Forcellini-De Vit, e l' accoglie il Manenti, per il quale *pactum conventum* equivarrebbe a *pactum* (almeno a quel *pactum*, che si osservava *ex convento* e non aveva riconoscimento nelle XII tavole) e, come *pactum*, si opporrebbe a *conventum* sostantivo. Già qui cominciamo ad avere un saggio delle molte inverosimiglianze, di cui la nuova dottrina è circondata. Come mai si sarebbe usata fin dai tempi migliori una così barbara locuzione, in cui due formazioni verbali morfologicamente identiche si sarebbero susseguite immediatamente l' una in funzione di sostantivo, l' altra di epiteto? E ciò proprio in un caso, nel quale giovava soprattutto evitarlo, perchè non nascesse confusione con l' altra dicitura *pactum et conventum!* Invece la giustapposizione di due sostantivi neutri verbali, senza particella copulativa, è ben nota nella terminologia giuridica (l' identica formazione tien luogo della più antica alliterazione): cfr. « ruta caesa, sarta tecta, invecta inlata, introducta importata,

---

(1) Cfr. Valerio Massimo, 9, 1: " mercedis nomine *pactam* quae in sinistris manibus gerebant ". Più avanti: " quasi *promissum* solvens ". Ecco, dunque, altro esempio perspicuo dell' equivalenza di patto e promessa.

(2) Cfr. Cicerone, *pro Caecina*, 18, 51: " iudicii *aut* stipulationis *aut* pacti *et* conventi formula "; cfr. *ad Att.*, 6, 3, 1: " ex pacto *et* convento... iam a me discesserat ". Cfr. pure per un' età posteriore la rubrica di Paul. *Sent.* 1, 1 secondo la *Consult.*, 4, 3: " de pactis *et* conventionibus *vel* transactionibus ".

effusa (et) deiecta, etc. ». E, poichè *pactum conventum* è usato in luogo di *pactum*, chi vorrà credere davvero che fosse un concetto diverso da *conventum*? Non si preferirà piuttosto di ritenere che e l' uno e l' altro vocabolo rappresentassero il binomio intero?

Nè deve stupirci, appunto perchè risale addietro nel linguaggio giuridico, questa dicitura pleonastica. L' antico linguaggio ufficiale e giuridico (« bonum felix faustum fortunatum, bonum fortunatum felixque salutareque, fregerit ruperit, actio petitio persecutio, purum putum, novum novicium, proprium propicium, etc. ») ne offre vari esempi, a cui si possono aggiungere i vari binomi, in cui entra *ius* nei suoi diversi significati: *ius et potestas, ius et condicio, ius ratumque*, etc. Più tardi la maggior precisione scientifica dei concetti semplificò naturalmente il linguaggio, e in questo senso fu riveduto anche l' editto del pretore. Non però tutte le reliquie scomparvero; non, soprattutto, la locuzione nostra, così inveterata nell' uso e negli scrittori. Fra le altre tracce serbatesi nell' editto, cfr. per es. in quello *de deiectis: quantum ex ea re damnum datum factumve erit;* e per l' uso dei classici *commendare deponere* (Ulp. in D. 50, 16, 186), *pronuntiatum statutum* (fr. 46 pr.), dove il giurista nota al primo luogo *nihil aliud est*, al secondo *idem potest* (1).

La rubrica dell' editto del pretore dovette essere in origine *de pactis et conventis* (2): cfr. anche le allusioni di Cicerone, *de off.* 1, 10, 31, che ha certo presente l'editto. Lo stesso pretore nella clausola dice: *Pacta conventa servabo.* Che qui *pacta* e *conventa* sieno due sostantivi, omessa la particella copulativa, ammette anche il Manenti, e, riconoscendosi da lui questo, come sarà verosimile quella ben diversa natura della dicitura *pactum conventum*, ch' egli propugna? Avrebbero davvero i Romani aperto la via a così inevitabile equivoco? Nulla toglie

---

(1) Forse un curioso esempio offriva questo stesso editto dei patti. Dalle osservazioni di Labeone parrebbe (D. 2, 14, 7, 10) che prima di lui l'editto dicesse " neque dolo malo neque fraude ". I due concetti erano per l'antico diritto equipollenti.

(2) Non *conventionibus:* sia per l' uso antico di congiungere due vocaboli di uguale origine morfologica, sia perchè l' antico diritto sembra avere evitato in questo senso la voce *conventio.* Probabilmente l' uso diverso di questa parole *(in manum conventio)* ne è la causa.

poi che nei tempi più recenti i commentatori sostituissero la rubrica *de pactis et conventionibus*; anzi, neppure è tolto che una simile sostituzione potesse aversi nella revisione giulianea. Nei giuristi non mi è occorso di trovare *conventio* prima dell' età traianea; allora essa appare, si fa presto frequente e diventa in breve predominante. L' uso non appare diverso da quello dell' antico *conventum (conventus)* o *pactum conventum*, nè io so indurmi a credere che *conventio* fosse l' atto, per cui il *conventum* si compisse; di una così sottile distinzione non vedo alcun sicuro documento, nè la variante morfologica la induce.

Che pur nell' editto pretorio il binomio *pactum (et) conventum* constasse di due termini equipollenti e si riferisse ad un solo concetto, mi pare risultare chiarissimo dai commentari. È chiaro anzitutto che da quello di Ulpiano, in più larga misura conservatoci nei Digesti, la distinzione non si può ricavare; ed è chiaro che anche i più antichi bizantini (Stefano, l' Anonimo, Cirillo), lavorando su quei frammenti, escludono qualsiasi distinzione [1]. Il Manenti dice che il testo ulpianeo è stato appunto gravemente interpolato allo scopo di unificare i due concetti; sarebbe quindi naturale che anche i bizantini esponessero quanto non era nella mente del legislatore [2]. Io non sarò certo sospetto di soverchia renitenza ad ammettere interpolazioni; qui però mi pare che siavi una questione pregiudiziale. A quale scopo l'interpolazione, o, diremo più in generale, l'alterazione sarebbe avvenuta? Quella distinzione, se fosse davvero esistita, non avrebbe avuto ragione di essere pur in diritto giustinianeo? Sono forse mutate in questo le linee generali dell' antico sistema contrattuale? Davvero non si vedrebbe il perchè di così capricciosa alterazione. Vediamo ora gli argomenti desunti dallo stato del testo. Ulpiano, dice il Manenti, che definisce la *conventio*, avrà certo definito anche il *pactum*: noi ora troviamo nei Digesti solo l' etimologia di questa parola (*pactum* viene da *pactio*, che è l' accordo e il consenso di due o più persone sullo stesso oggetto). Ciò mostra

---

[1] Cfr., per es., Stefano, in Bas., I, 558 (Hb.) e *ibid.* sch. τοῦ 'Ανωνύμου).

[2] Cfr. op. cit., pp. 159, 229 *et alibi passim*.

che i compilatori hanno troncato quanto si riferiva al vero e particolare concetto del *pactum:* quale fosse questo, appare tuttavia da un altro luogo del commentario ulpianeo: D. 2, 15, 1: « qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: *qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit* » (1). A dire il vero, io non trovo in Ulpiano una propria definizione nè del *pactum,* nè del *conventum* o della *conventio.* La ragione, io credo, è che neppure Ulpiano ha voluto definire. Il concetto di *pactum conventum (pactum, conventio)* era così comune e ovvio, che egli non crede necessario darne una precisa definizione; si limita solo a notare che le due voci componenti il binomio hanno, etimologicamente considerate e fatta astrazione dal senso tecnico, un' accezione generale, indicante l' accordo, il consenso di più volontà sull' oggetto medesimo. Simili dilucidazioni di termini ovvii e comuni (che si riducono a brevi cenni etimologici ed a qualche osservazione circa il significato generico, presupposto noto quello tecnico) non sono rare nei libri *ad Edictum* di Ulpiano. Cfr. quelle di *stipendium* e *tributum* (D. 50, 16, 27, 1); di *institor* (D. 14, 3, 3): di *cognati* (D. 38, 8, 1, 1); di *turba* (D. 47, 8, 4, 2); di *convicium* (D. 47, 10, 15, 4); di *bona* (D. 50, 16, 49). Circa poi D. 2, 15, 1 (2), bisogna avvertire che il frammento è ben lontano dal darci la completa definizione del patto. La stessa transazione è un *pactum,* come risulta dal fr. 2 h. t. e da molti testi (3), quando non sia adibita l' ordinaria forma della stipulazione. Inoltre il *pactum,* anche nell' angusta accezione propugnata dal Manenti, può aver luogo benissimo per causa diversa da quella di donare. Evidentemente il proposito di Ulpiano è quello di distinguere il caso, in cui un *pactum conventum* conchiuso fra le

---

(1) Si potrebbe notare che altrove la differenza fra il *pactum* e la *pollicitatio* si fa tutta consistere nell' unilateralità di questa, Ulp. D. 50, 12, 3: *pactum .... duorum conventio; pollicitatio .... solius promissum.* Secondo la dottrina del M. alla *pollicitatio* si sarebbe dovuto contrapporre la *conventio* e non il *pactum!*

(2) Relativo in origine alle controversie testamentarie: cfr. Lenel, *Paling.*, II, 728.

(3) Il Manenti trova questo linguaggio meno proprio, ma non so per qual fondamento. Il fr. 2 accenna alla minore efficacia dell' atto, non all' improprietà della locuzione.

parti in occasione di una controversia ereditaria possa chiamarsi transazione, e dice: È semplice patto, se taluno recede dalla persecuzione del proprio diritto per beneficare l'altra parte; è transazione se il diritto si presenta dubbio e incerto. Con ciò non sono dati certamente tutti i requisiti della transazione; ma non s'intende neppure di definire in genere il patto.

Ecco ora quale sarebbe, secondo il Manenti, il processo logico del commento di Ulpiano alla rubrica del titolo. Ulpiano definisce il *pactum* (la definizione è tronca nei Digesti); poi espone come *conventum* venga da *conventio* (ciò pure manca nei Digesti) e definisce quest'ultima. Dice come molte convenzioni (in senso opposto a quello di *pactum*) assumono nome speciale: compravendita, locazione, etc. Tre sono le specie di convenzioni (in senso generico, comprendente anche i patti): pubbliche, private *ex lege*, private *iuris gentium*. Pubbliche convenzioni sono i patti in seguito alla guerra. Le private legittime sono i patti fatti durante il processo e riconosciuti nelle XII tavole [1]. Le private *iuris gentium* generano, secondo i casi, eccezioni o azioni. Generano azioni, se *transeunt in proprium nomen contractus*, o se *subsit causa;* altrimenti solo eccezioni, purchè non si oppongano all'ordine pubblico o ai buoni costumi. Però i *pacta ex continenti subsecuta* si fanno valere nei *bonae fidei iudicia* anche dall'attore. Ora, a me tutto questo andamento sembra strano, quando si ammetta quel concetto di *pactum* così determinato.

Non si vede che la *conventio* genera azione o soltanto eccezione, secondo che s'aggiungano elementi affatto estrinseci, il *nomen* o la *causa?* Non si vede che la medesima figura ora assume nome di *conventio,* ora di *pactum* o di *pactum conventum*, senza che si noti alcuna intrinseca differenza? E questa piena indifferenza nell'uso dei termini si nota ovunque nei commentatori e pur negli altri scrittori: nello stesso frammento troviamo bene spesso usati tutti e tre i termini per la

---

[1] Questo veramente Ulpiano non dice. La relativa parte del suo commento è stata levata dai compilatori, i quali vi hanno invece sostituito il fr. 6 preso dal commento di Paolo, che dice una cosa molto diversa. Il Manenti dice che tal frammento è stato interpolato. Un dubbio simile, ma per diverse ragioni, era venuto anche al Pernice.

medesima cosa. Io chiedo, se ciò sarebbe ammissibile, ove in realtà quegli scrittori mirassero a tener ben distinto il concetto tutto speciale di *pactum* da quello generico di *conventio*. Non vale il dire che *conventio* in genere comprende anche il *pactum*. Quando importa tenere distinti due concetti, uno generico e uno particolare, si usa la parola propria per questo secondo. Il Manenti obbietta che, se *conventio* si trova detto là dove si direbbe più propriamente *pactum*, non si trova invece usata quest' altra parola, dove si tratti di quel concetto più generale. Io devo oppormi anche a questa sua osservazione; ma lo farò dopo avere esaminato i testi, ch' egli adduce come più favorevoli al suo assunto.

Avvertirò che non è da stupirsi, se nella maggior parte dei casi, in cui è usata la voce *pactum* o *pactum conventum (pactio, pacisci)*, siamo davanti a una rinunzia ad un diritto fatta da una parte a favore di un' altra. Dal momento che le convenzioni generanti azioni avevano per lo più assunto un proprio nome, quando voleva darsi l' esempio di una nuda convenzione avente giuridica efficacia (tale è per me il *pactum*), lo si cercava fra quelli esprimenti la rinuncia a un diritto. Qui, infatti, c' è materia per una eccezione e quindi si manifesta l' efficacia del patto. Cfr. Ulp. D. 2, 14, 7, 2-5, su cui ritorneremo. Così comprenderemo perchè, come è stato più volte osservato, il tit. 14 del 2º libro dei Digesti si occupi quasi esclusivamente del *pactum de non petendo*. Questo è l' esempio teoretico più semplice e puro di una nuda convenzione generante *exceptio*. È naturale che chi tratta teoricamente della *nuda conventio* supponga casi, in cui si ricorre ad essa perchè non è necessario ricorrere a mezzi più efficaci: casi, in cui non si ha in mira che di assicurarsi una *exceptio*. Del resto, quando le fonti parlano di convenzioni, che per concorso di altre circostanze generino azioni, o con cui le parti erroneamente credevano di fondare obbligazione, usano, come mi riservo di dimostrare, senza differenza *pactum, pactum conventum, pactio, conventio*.

L'A. comincia a citare i testi, che dicono notarsi d' infamia non solo quelli che furono condannati per taluni delitti, *sed etiam pacti*. Qui certamente *pacti* son quelli, che in via di accordo sono riusciti a far recedere l' offeso dalla persecuzione giudiziale. Tale *pactum* doveva essere in origine e poi ordina-

riamente ottenuto con un compenso pecuniario (1); vedi la generale analogia delle *compositiones* e poi Ulp., D. 3, 2, 6, 3: « *pactum* sic accipimus, si cum pretio quantocumque pactus est ». Ora un tale accordo male si concilierebbe con l'idea fondamentale di *remittere ex liberalitate donationis causa*. Ad ogni modo, questi testi provano una cosa, di cui niuno ha mai dubitato: che cioè *pactum, pacisci* possono significare quell'accordo, per cui una delle parti rinunzia a far valere un proprio diritto; ma non provano che questo sia l'unico possibile significato.

Egli cita poi D. 2, 14, 7, 12: « Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri « rogavit Titius, spopondit Maevius », haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, *nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium* ».

Dalle ultime parole egli ricava « che l'animo di coloro *qui tantum paciscuntur* esclude l'intenzione di dar vita ad un vincolo giuridico fornito di azione.... che il produrre soltanto un'*exceptio* e non ancora un'*actio* è connaturale al *pactum*... e non è punto l'effetto di una mera disposizione del diritto positivo ». Devo ribattere anche queste acute osservazioni. Le ultime parole sono, come è troppo manifesto, un semplice emblema (2). L'avvertenza sarebbe stata fatta dai compilatori, ossia proprio da quelli, che, secondo l'A., avrebbero cercato di fare scomparire l'antico e genuino significato di *pactum* e di rendere questo termine affatto equipollente a *conventio*! E neppure da chi ammettesse le idee dell'autore quell'esegesi potrebbe accogliersi. Se le parti hanno sul serio pattuito alcune prestazioni, come si concilia con tale serietà di propositi la volontà di non procurarsi che una *exceptio*? L'unica spiegazione possibile di questo emblema disgraziato è quella che le parti volessero fare un atto privo di valore giuridico, e perciò

(1) Cfr. lo stesso MANENTI, p. 116.

(2) GRADENWITZ, *Zeitschrift der Sav.-St.*, R. A., 7, 80 sg.; ora anche LENEL, *Paling.*, II, 433; EISELE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 10, 300: " Es bedarf wohl keines Beweises dass zur Zeit Ulpians die Kraft eines die Stipulationsklage begründenden Thatbestandes durch einen abweichenden animus der Contrahenten nicht beseitigt werden konnte ".

si servissero o credessero servirsi appositamente di una forma inetta agli effetti giuridici voluti evitare; di un nudo patto, ossia di una nuda convenzione per promessa di prestazioni future.

Dal fr. 7, 14 h. t. « in.... omnibus.... quae.... ad rem familiarem respiciunt pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit » ricava il Manenti, che per *pacisci* in generale s' intendeva un negozio giuridico, che nella sostanza non differiva dal *pacisci de furto* e che aveva sempre il carattere di una rinunzia al proprio diritto di azione. Ma io non veggo la necessità di siffatta illazione. Il passo si traduce senza difficoltà così: È lecito alle parti di fare dei patti circa qualunque oggetto, che non ecceda la loro sfera patrimoniale; la legge delle XII tavole permette perfino di patteggiare circa il delitto di furto. Ossia, pur in questo caso, in cui parrebbe quasi toccata la sfera dell' interesse pubblico, la legge concede i patti. Qui non si tratta affatto dell' intrinseca natura del *pactum*, ma solo dei rapporti ch' esso può avere con l' ordine privato o pubblico: e perciò si sceglie quell' esempio di patto, che meglio può dimostrare fin dove possano giungere le convenzioni dei privati, senza offesa dell' ordine pubblico. Incalza il Manenti, citando il § 16 dello stesso frammento, in cui, dopo essersi ripetuto che *pactum a iure communi remotum servari non oportet*, si aggiunge: *nec damnationem factam* [1], *nec iusiurandum de hoc adactum ne quis agat servandum*. Ma si avverta che qui il giurista non poteva darci altro esempio di nuda convenzione invalida per lesione dell'ordine pubblico. Infatti, se ci avesse dato l' esempio di una prestazione convenuta, questa sarebbe stata inesigibile non tanto per l' eventuale contraddizione all' ordine pubblico, quanto e soprattutto perchè una nuda convenzione non genera azione. Non perchè il solo caso di rinunzia a un diritto costituisca il patto, viene quello addotto quale esempio; ma perchè solo in quel caso il patto esplica la sua normale efficacia giuridica generando l' eccezione. Così si capisce pure perchè al fr. 27, 4 h. t. Paolo, come esempio di *pactum quod turpem causam continet*, dia il seguente: « si pa-

---

[1] Lenel, *Paling.*, II, 433. I compilatori con manifesta offesa della sintassi sostituiscono: *legari*.

ciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris ». Non credo che abbia ragione il Manenti osservando che, se *pactum* avesse avuto nel pensiero di Paolo lo stesso significato di *conventio,* non si comprenderebbe come mai egli potesse dispensarsi dal darci esempio di qualche convenzione, che avesse avuto per scopo diretto l'eccitamento a commettere alcunchè di illecito, per es. *dabo centum ut furtum facias.* La ragione, a mio avviso, è semplicemente quella che non si sarebbe più trattato di *nuda conventio.* Si sarebbe avuto il tipo di quelle obbligazioni, che sorgono solo in seguito alla prestazione di una delle parti, e che qui non possono sorgere per la natura appunto di tale prestazione; insomma un caso della teoria speciale dei συναλλάγματα, non della teoria generale dei *pacta conventa.* E Paolo avrà (almeno se è lecito arguire dalla disposizione delle materie nel commentario ulpianeo) toccato brevemente dei συναλλάγματα prima di venire al commento dell'editto del pretore. Da D. 46, 4, 8 pr. io non so punto vedere che cosa si possa ricavare per la questione presente.

Il *constitutum,* dice il Manenti, che è appunto una convenzione fornita eccezionalmente di azione (uno dei cosiddetti e così mal detti patti pretorii), non si trova mai chiamato *pactum.* Ciò è verissimo; ma è anche da notarsi che non si trova mai chiamato *conventio.* Sicchè la forza di quell'argomentazione si dilegua. Il fatto è che in origine il costituto non era una pura convenzione; esigeva una formula speciale con la parola *constituere:* solo più tardi esso divenne affatto libero e allora, in quanto alla sostanza, rimase certamente una pura convenzione, non senza però che tracce dell'antico contrasto fra *constituere* e *pacisci* rimanessero tuttavia [1].

Visti così i precipui argomenti dell'autore, è tempo che noi esponiamo quelli che, a nostro avviso, si oppongono alla nuova teoria.

Il *pactum* o *pactum conventum* non genera solo *exceptio,* ma anche *replicatio.* Ad un *pactum de pecunia non petenda* se ne può contrapporre un secondo *de ea pecunia rursus petenda.* Qui, poichè la prima obbligazione è stata tolta o almeno pa-

---

[1] D. 13, 5, 14, 3. Cfr. Kniep, *Praescriptio und Pactum,* p. 143.

ralizzata col primo patto, in sostanza col secondo viene ripristinata. Dirà il Manenti che qui si contiene tuttavia nel patto il carattere da lui affermato: il convenuto con il secondo patto rinuncia al diritto di difesa, che si era procurato col primo patto. Ma una tale spiegazione non è quella delle fonti: esse ammettono che qui il patto, per cui uno si obbliga a pagare, avrà efficacia, perchè si tratta non di creare un'azione *ex novo*, ma di renderne esperibile una esistente, rimuovendo un ostacolo di fatto: rimozione, a cui il patto nudo è sufficiente. Questo discorso è chiaro in Paolo, fr. 27, 2 h. t. E così si capisce perchè, dove il *pactum* ha forza di annullare affatto la preesistente azione (com'è il caso per l'*actio iniuriarum*), un secondo patto contrario non ha efficacia; qui si tratterebbe di creare *ex novo* l'azione, e a ciò il patto non basta. Notevole si è che anche qui (dove non si può discorrere di rinunzia ad un mezzo di difesa, perchè la prima azione è del tutto estinta) Paolo parla di *pactum*: « prima actio sublata est et posterius *pactum* ad actionem parandam inefficax est: non enim ex *pacto* iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia ». La completa distruzione della preesistente azione opera il *pactum*, quando si tratti delle azioni dei contratti di buona fede. Un secondo patto contrario, dice Paolo, non può risuscitare l'azione estinta, ma può crearne una nuova, perchè in sostanza esso è un secondo contratto: « non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed *proficiet pactum ad novum contractum* ». Mi pare che così non si possa nè ragionare nè discorrere, se non si abbia del *pactum* un'idea affatto diversa da quella del Manenti; vale a dire, se non si identifichi il *pactum* con la *conventio*.

Non meno contraria alla nuova opinione mi pare la teoria dei *pacta adiecta*. Il *pactum* cosiddetto *adiectum* è una convenzione, che accede al negozio giuridico principale e solo in tal senso, per l'analogia con il vero *pactum*, vien chiamata *pactum* anch'essa; mentre l'antitesi, in cui essa sta con quello, è espressa con l'aggiunta: *ex parte actoris* (1). « Possiamo chiamarli *pacta* anche noi, secondo l'esempio di Ulpiano », soggiunge il Manenti, « per comodo di esposizione ». In realtà qui

(1) Manenti, op. cit., p. 174, 176.

l'acuto romanista implicitamente confessa l'impossibilità di conciliare questa appellazione delle convenzioni accessorie ai negozi di buona fede con la propria teoria. Io veggo bensì che non solo Ulpiano, ma tutti i giuristi chiamano *pacta* o *pacta conventa* tali convenzioni: ma non vedo mai che si accenni alla improprietà o all'abuso di siffatto linguaggio. Tutto, anzi, il discorso del fr. 7, 4-5 presuppone che qui si tratti del *pactum* vero e normale. *Nuda paclio* (scrive il giurista), quella, cioè, che nè *transit in proprium nomen* nè costituisce un συνάλλαγμα, *obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis.* Nè poi io veggo quale sia l'analogia così forte del *pactum*, nel senso del Manenti, con queste convenzioni, perchè si possa dire che la terminologia di quello ha esercitato la sua attrazione su queste. Se il *pactum* consiste nella rinunzia a un diritto, quale analogia può avere con convenzioni dirette a rafforzare il vincolo obbligatorio, a creare obbligazioni accessorie? Perchè talora nel contrarre un negozio giuridico si rinunciava mediante *pactum* a talune delle conseguenze future, sarebbe stata questa una ragione sufficiente per usare la terminologia stessa per quelle convenzioni accessorie, che hanno invece opposta natura? Nè le parole *ex parte actoris* implicano una antitesi con il *pactum* normale. Esse implicano una antitesi con il *pactum ex parte rei* e indicano solo la diversa efficacia che ha l'una e l'altra categoria di convenzioni, facendosi la prima valere in via di azione, l'altra in via di eccezione. Il Manenti dice che, secondo la teoria comune, reca grandi difficoltà il quesito di Pomponio nel § 6; mentre con la sua teoria la soluzione negativa di esso è del tutto chiara. Ma sta appunto il fatto che Pomponio inclinava alla soluzione positiva e Ulpiano trova arguto il ragionamento pomponiano: « etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat (benchè non interposta *in continenti*) nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. *quod non insuptiliter dici potest* ». Mi sembra pertanto che quella soluzione negativa non era così perspicua per i giuristi romani. Meno ancora poi si potrà aderire agli insegnamenti nuovi circa i *pacta conventa* aggiunti ai negozi di buona fede, qualora si ammetta, come non è punto invero-

simile e come è stato di recente sostenuto (1), che solo con un lento processo tali patti venissero fatti valere con l'azione del negozio principale, considerandosi quali determinazioni, rinforzi e accessioni dell'obbligazione principale. Pare, cioè, che in origine tutti, e poi, fin quasi agli ultimi tempi della giurisprudenza classica, alcuni, che meno rispondevano alla natura dell'obbligazione principale, generassero una propria e particolare azione, e cioè un'*actio in factum* o anche un' *actio incerti praescriptis verbis*. Ciò è in perfetta coerenza con la sempre crescente elasticità delle *actiones bonae fidei*, per cui, per esempio, l' *actio venditi* potè esperirsi anche in casi in cui l'obbligazione era già risoluta! Cfr. Pomp. D. 18, 1, 6, 1.

I *pacta dotalia* non erano semplicemente « accordi, i quali implicavano necessariamente una qualche concessione, che una delle parti faceva all'altra e da cui perciò i rapporti obbligatori di esse in ordine alla dote venivano ad essere modificati a favore dell'una o dell'altra » (2): i *pacta dotalia* talora, riferendosi alla restituzione della dote, generavano diritto e azione in chi altrimenti non li avrebbe avuti e non rispondevano quindi certamente all'idea di patto dataci dal Manenti. C. 2, 3, 10, per esempio (= C. 5, 14, 1), è proprio diretta a eliminare il dubbio che qui *obesse(t) quod dici solet ex pacto actionem non nasci*. Strettamente affini ai patti dotali e forniti di azione (evidentemente in seguito a qualche costituzione) erano probabilmente altri patti diretti ad assicurare un congruo mantenimento alla moglie. All'esistenza e alla tutela giuridica di tali patti fa conchiudere il fatto che in D. 23, 4, 26, 3 era accordata un'azione utile alla moglie in esecuzione del patto *ut mulier viri sumptibus quoquo iret veheretur* (3). Tale convenzione è chiamata da Papiniano esplicitamente *pactum*, e tale linguaggio non si può far rientrare nell'orbita della nuova dottrina.

Il *pactum de praestandis usuris* offre pure difficoltà al Manenti. Anzitutto qui vengono in considerazione i casi, in cui si dice che non vi è obbligo di pagare le usure pattuite, ma

(1) Kniep, *Praescriptio und Pactum*, pp. 94-150.
(2) Manenti, op. cit., p. 171.
(3) Kniep, l. c., p. 127.

che non v' è *condictio indebiti* per ripeterle, se pagate. Qui si parla di *usurae, quae ex pacto naturaliter debebantur* (D. 46, 3, 5, 2). Noi non andiamo a cercare, se il solo patto sia produttivo di una simile *naturalis obligatio*, o se non basti già a farla nascere in taluni casi lo stesso reciproco rapporto delle parti. Io sto per la prima alternativa; nè mi sembra ostare D. 12, 6, 26, che discorre in genere delle *usurae indebitae sortis debitae*, essendo quasi impossibile il supporre un tale pagamento senza patto espresso o tacito. Ma ciò, che io voglio chiarire, si è che è detta *pactum* la convenzione, per cui (pur senza produrre un' obbligazione civile) il debitore promette al creditore il pagamento delle usure: convenzione, che certo non potrebbe rientrare nella categoria dei *pacta,* quale è configurata dal Manenti. Egli veramente tenta in modo molto ingegnoso ([1]) di liberarsi da tale difficoltà. Egli dice che il *pactum* potrebbe essere stato una convenzione, con cui il creditore di una somma ne avesse protratta la scadenza, rinunciando per un certo tempo ad esigerne il pagamento e facendosi promettere dal creditore il pagamento delle *usurae.* S' intende che, se il debitore non paga queste, il creditore può ripetere il credito suo, ribattendo con una *replicatio doli* la *exceptio pacti temporalis.* Tale osservazione è arguta; ma vi contrasta inesorabilmente il linguaggio di altri testi, che indicano troppo bene qual' era la natura di questo patto. Infatti, che cos' è il *pactum de praestandis usuris* di Paolo (*Sent.* 2, 14, 1), che fa da contrapposto alla *stipulatio de praestandis usuris,* se non la promessa di pagare gl' interessi? E poi sarebbe veramente ammissibile che nella ipotesi del Manenti tale obbligazione naturale si dicesse scaturita *ex pacto*? Non avrebbe il giurista dovuto dire almeno *ex conventione, quae pactum secuta est?* E notisi che un tal linguaggio, che sarebbe stato tanto improprio, ritorna in altri testi, per esempio: *usurae datae ex pacti conventione* (D. 46, 3, 5, 2). Dalle quali ultime due parole assai a torto il Manenti ([2]) vorrebbe trarre un argomento per provare che *pactum* e *conventio* non fossero due concetti equipollenti: altrimenti, dice, non s' intenderebbe l' uso cumulativo dei due

---

([1]) P. 186 sgg.
([2]) Op. cit., p. 190.

termini. *Conventio pacti* è una varietà di linguaggio in luogo di *pactum conventum*; del resto, se io dicessi, come posso dire: ho pattuito un accordo, o una convenzione; ovvero: pattuizione di un accordo, niuno stimerebbe per ciò antitetici o almeno non equivalenti siffatti termini. Ma le osservazioni del Manenti ricevono un colpo decisivo dall' esame dei testi, in cui eccezionalmente il nudo patto genera obbligazione civile di pagare le *usurae*. Questi patti sono stati da lui affatto negletti, ed è un male, anche perchè si sarebbe accorto che già i bizantini antichi [1] avevano visto qui casi di *nûdon pácton* generante azione, e avrebbe così risparmiato taluni apprezzamenti circa la terminologia bizantina in genere e circa quella della Novella 136, 4 in particolare. Questo è, per esempio, il caso dei mutui fatti dalle città: Paul. D. 22, 1, 30:

« Etiam ex *nudo pacto debentur* civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum ».

Questo è il caso del mutuo di frumento, orzo, etc.: C. 4, 32, 11 (12) (Alessandro Severo):

« Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam *ex nudo pacto* praestanda est ».

Di fronte a simili testi ben si dichiara il valore della frase *ex pacto* o *ex pacti conventione* di quelli più avanti citati, e svanisce ogni dubbio che i bizantini abbiano ben chiamato *nuda pacta* anche i casi fatti in D. 22, 2, 5 pr.-1; 7.

A me sembrano potersi addurre qui tutti i casi, in cui si dice appunto che dal nudo patto non si genera azione. Se il *pactum* fosse stato ciò che vuole il Manenti, se la mancanza di azione fosse stata la naturale conseguenza della sua natura, se *pacisci* e *agere* fossero stati due concetti intimamente opposti e ripugnanti, quella regola nè si sarebbe proposta nè, tanto meno, ripetuta con tanta insistenza. Anzi, non si sarebbe mai potuto chiamare patto una convenzione includente in qualsiasi modo una promessa di prestazione, che potesse far credere possibile un' azione: eppure cfr., per es., C. 8, 44 (45), 2 (a. 205); Consult. 4, 9; D. 17, 1, 34 pr. 19, 5, 15 (« et quidem

---

[1] Enantiofane in *Bas.* Heimb. I, 165 e schol. μὴ δόξῃ etc.

conventio ista non est nuda, ut quis dicat *ex pacto actionem non oriri* »); C. 2, 3, 10 = 5, 14, 1 (già citato).

Insisto soprattutto su due testi, che accennano chiaramente essere questa una particolarità del diritto romano (e appena qui può cadere il dubbio che si pensi ai chirografi e alle singrafi (¹) dei diritti ellenici); con ciò si vuol, dunque, dire che si tratta di una disposizione del diritto positivo e non di un principio connaturale al *pactum* e dato dalla stessa natura delle cose.

Cfr. Paul., *Sent.* 2, 14, 1: « ex nudo pacto *inter cives romanos* actio non nascitur » (²).

C. 4, 65, 27 (a. 294): « ex nudo pacto perspicis actionem *iure nostro* nasci non potuisse ».

Contro il Manenti sta anche l' uso di *pactum, pacisci* riferito al contratto di pegno o di ipoteca (D. 13, 7, 11, 5. 20, 1, 9 pr.; 13, 3; 16, 8. 20, 4, 9 pr. 47, 2, 67 (66) pr., etc.). In verità egli ha previsto tale obbiezione; cerca però di spiegare quella terminologia con la sua acuta ipotesi, che in origine il *pignus* fosse appunto un semplice *pactum* nel senso suo, cioè di non ripetere la cosa consegnata fino al completo pagamento del debito. Siccome il Manenti promette di tornare sullo svolgimento storico di tale istituto in Roma, così noi dobbiamo astenerci qui da ogni considerazione in proposito. Solo accenniamo che, dato quel concetto di patto, ch' egli sostiene, sarebbe impossibile che per sola reminiscenza delle origini storiche si fosse mantenuto quel nome a indicare una convenzione generante diritto ed azione. Qui non può neppure venire in considerazione il rapporto subordinato dell' azione ipotecaria rispetto alla principale; giacchè, se anche il prodursi di tale azione presuppone altri requisiti, pure la sua origine immediata e diretta scaturisce dalla convenzione delle parti: *de pignore iure honorario nascitur ex pacto actio.* Le quali parole il Manenti ritiene interpolate; ma io non trovo ragione sufficiente

---

(¹) Cfr. Ascon. *in Verr.* 2, 1, 36 " in syngraphis .... *pactio* venit etc. ".

(²) Le Sentenze di Paolo furono scritte prima della generale concessione della cittadinanza a tutte le popolazioni dell' impero: cfr. 5, 22, 3-4 e HUSCHKE, *Juris. anteiust.*⁴, p. 534, n. 8; FITTING, *Peculium castrense*, p. 34; KRUEGER, *Gesch. der Quellen*, pp. 212-13; KARLOWA, *Röm. RG.*, I, 748.

per crederlo: piuttosto avvertirò che il frammento in cui si trovano (D. 2, 14, 17, 2) non contiene il discorso continuo di Paolo, ma risulta di tante decisioni staccate, sicchè si comprende come non sempre un paragrafo si rannodi bene agli antecedenti.

Finalmente accennerò alla frequentissima menzione dei patti rafforzati da stipulazioni. Ordinariamente questi non saranno stati patti nel senso del Manenti, chè in tal caso l'eccezione da essi prodotta sarebbe bastata di regola alle parti; ma avranno avuto di mira effetti ben più larghi, ad assicurare i quali serviva appunto la *stipulatio*. È vero che, anzi, il Manenti dal medesimo fatto pretende di riuscire a contrarie conclusioni, poichè egli dice: a che si sarebbero messi i patti accanto alle stipulazioni, se entrambi avessero avuto scopo e contenuto identico? Non è credibile che con i primi le parti facessero le opportune rinunzie per procurarsi eccezioni, e con le seconde, stabilendo una pena, si garentissero un diritto di azione? Ma se noi esaminiamo i numerosissimi testi, che si contengono su questo argomento nelle fonti nostre, vedremo che la fusione del *pactum* con la *stipulatio* ha la sua precipua ragione nella difficoltà di dare la forma della stipulazione a convenzioni lunghe, minute e complicate. Le difficoltà del formulario e i pericoli di errore venivano molto diminuiti, quando le parti pattuivano in forma libera quanto loro piacesse e soggiungevano, a mo' di clausola finale: « haec omnia spondesne? spondeo »; o quando, come di regola, l'atto si redigeva in iscritto, semplicemente: « rogavit Titius, spopondit Maevius » (*quod fere in novissima parte pactorum inseri solet*: fr. 7, 12 h. t.). Da ciò si vede chiarissimo che il contenuto del patto non deriva da quello della stipulazione; anzi che questa si riferiva semplicemente al contenuto di quello. Da ciò si vede ancora che promesse di dare o di fare si chiamavano senza scrupolo *pacta* anche dai giuristi; e per conseguenza mi pare che tutto ciò male si concilii con la nuova dottrina [1]. E

---

[1] Solo così si possono spiegare passi, come i seguenti:

Paul. 15 *resp.*, D. 45, 1, 134, 1; 3: "... plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, *etiam in stipulationibus repetita creduntur* ..."; "... quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur,

pur nei casi, in cui al patto è aggiunta una *stipulatio poenae*, il patto non consiste in una mera rinunzia ad eventuali diritti, ma suol consistere in vera e propria promessa di qualche prestazione. Ciò è tanto vero che non mancano esempi di casi, in cui il patto è munito di azione (un cosiddetto *pactum adiectum*) e accede tuttavia la *stipulatio poenae*. Cfr. Iul. in D. 19, 1, 28: « praedia mihi vendidisti et *convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi* ». Il giurista poi tratta della concorrenza fra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio empti* (1).

Molti passi vi hanno poi negli scrittori non giuristi e giuristi, che mi sembrano contraddire direttamente all'affermata accezione di *pactum*. Circa i primi, io mi contenterò di rimandare a Plauto, che per la sua relativa antichità può rivendicarsi una speciale importanza. *Pacisci* in Plauto non esprime se non *convenire*: *res pacta* è l'oggetto intorno a cui interviene perfino la *sponsio* o la *stipulatio* (2). Cfr., per es., *Bacch.* 4, 8, 24 sgg.; *Stich.* 4, 1, 62: *habeon rem pactam?* e *Poenul.* 5, 3, 37-8:

A. *tuam mihi maiorem filiam despondeas.*

H. *pactam rem habeto.* A. *spondesne igitur?* H. *spondeo.*

Cfr. *Trinumm.* 2, 4, 99 sgg. (e 5, 2, 59) (3).

In quanto a Cicerone, scrittore il cui linguaggio non va mai trascurato dal giurista, abbiamo già fatto alcune accidentali osservazioni. Qui aggiungerò solo pochissimi esempi, che ognuno può ritrovare nel *Thesaurus* del Nizolius (col. 909):

---

quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, *ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent* „.

Scaevola 6 *resp.*, D. 22, 2, 5, 1: " In his autem omnibus et *pactum sine stipulatione* (si tratta del promesso pagamento di interessi) *ad augendam obligationem prodest* „.

Si sosterrà ancora che fra patto e stipulazione intercedesse, oltre che la differenza formale, anche una necessaria diversità di contenuto?

(1) Cfr. del resto anche D. 19, 1, 3, 2 e PERNICE, *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., IX, 207.

(2) COSTA, *Il diritto privato nelle comm. di Plauto*, p. 271 sgg. Il COSTA non adduce che pochi esempi: se avesse previsto l'attuale controversia, avrebbe senza difficoltà addotto una messe maggiore, come mi sono convinto con una rapida corsa attraverso le comedie plautine.

(3) Circa l'uso di *pacta* " promessa in isposa „ cfr. più avanti fra i testi di Cicerone e le più larghe citazioni in REIN, *Privatrecht der Römer* (1ª edizione), pp. 188-89.

« pacisci praemium ab aliquo.... se dimidium eius quod pactus esset pro illo carmine daturum.... pactorum praemiorum.... Deiotari filius, cui pacta est Arthabasdis filia.... scio pactam constitutam esse cum Manlio diem etç. ». Ora, tutti questi esempi mi sembrano ben degni di nota.

Veniamo ora ad alcuni testi presi dalle nostre fonti giuridiche:

D. 2, 14, 6 (Paul. 3 *ad ed.*): « Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. et ideo interdum *ex pacto actio nascitur* vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adiuvatur ». Il passo, scevro di ogni dubbio anche per il Kniep [1], che pur si è messo fra i più intrepidi ricercatori delle interpolazioni, è considerato dal Manenti [2] come alterato dai compilatori. Già il Pernice [3] aveva espresso il dubbio che questo testo non fosse opera di Paolo: « Zu seiner Zeit gab es noch keine *pacta legitima* in dem angegebenen Sinne, und durch Senatsschluss klagbar gewordene giebt es überhaupt nicht ». Bisogna però avvertire che, se questo concetto si dovesse proprio ai compilatori, essi non avrebbero fabbricato, come par supporre il Pernice, un frammento pauliano; ma avrebbero aggiunto qualche cosa al precedente frammento ulpianeo, di cui esso costituisce il supplemento. Che poi non esistesse ai tempi di Paolo niuna convenzione direttamente convalidata da legge o senatoconsulto, noi non possiamo affermare con tutta sicurezza. Se i compilatori avessero inserito simile emblema, non avrebbero certo dimenticato le costituzioni dei principi; tanto più che queste avevano ai loro tempi fornito di azioni alcune convenzioni, mentre i senatoconsulti, secondo il P., non avrebbero mai fatto nulla di simile [4]. Inoltre, per i compilatori le costituzioni (tra le fonti equiparate alle leggi) hanno ben più importanza dei senatoconsulti. Nulla vieta pertanto di credere che Paolo pensasse a qualche specialissimo esempio andato poi in disuso; e si capirebbe anche perchè i compilatori non abbiano riferito invece il relativo brano del commentario ulpianeo, che forse

[1] *Praescr. und Pactum*, p. 66.

[2] P. 116 sg.

[3] *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., IX, p. 198 n. 4.

[4] Non veggo il passo fra quelli considerati dal WLASSAK nelle sue eleganti *Kritische Studien*, pp. 109 sg., 132 sg.

in tali esempi si diffondeva ([1]). Se, infatti, Ulpiano avesse arrecato come esempi di convenzioni legittime i patti riconosciuti nelle XII tavole (così crede il Manenti), non so perchè i compilatori avrebbero omesso di riportare tal passo. Non vige ancora per il diritto giustinianeo il principio, importante pur praticamente (fr. 27, 2 h. t.), che per le XII tavole il *pactum* estingue *ipso iure* le azioni d' ingiuria e di furto?

D. 19, 5, 24 (Afr. 8 *quaest.*): « Titius Sempronio triginta dedit *pactique* sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret etc. .... ».

D. 17, 1, 6, 7 (Ulp. 31 *ed.*): « Marius Paulus quidam fideiusserat pro Daphnide mercedem *pactus* ob suam fideiussionem .... quia *mercede pacta* accesserat ad talem redemptionem .... ».

Pactio = accordo, complotto criminoso:

D. 48, 10, 20: « Falsi poena coercentur et qui ad litem instruendam advocatione testibus pecuniam acceperunt, obligationem *pactionem* fecerunt, etc. ».

Collat. 8, 7, 2: « qui ob litem instruendam .... pecuniam acceperit *pactusve fuerit* .... ».

Cfr. D. 48, 10, 1, 1: « .... ob instruendam advocationem .... pecuniam acceperit *pactusve fuerit* .... » ([2]).

([1]) Che Ulpiano, come pensa il PERNICE, loc. cit., volesse identificare i *pacta legitima* " mit den Civilabreden ", non è conforme al senso proprio dell' epiteto *legitimum*, che vuol dire derivante da legge. Cfr. ora sul nostro passo WLASSAK, *Röm. Processgesetze*, I, p. 33 sg.

([2]) In una nota verso la fine del lavoro il M. ricorda brevemente il *pacisci pecuniam*. Egli spiega tale uso nel senso che la voce *pacisci (pactum)* non si riferisca all' intera convenzione, ma a quella modalità di essa, per cui uno fa una concessione o si sobbarca ad un sacrificio per ottenere l'accordo. Io non lo credo. Quando le fonti parlano di chi *ob litem instruendam pecuniam pactus fuerit*, indicano complessivamente tutta la convenzione incriminata, come indica (per confessione dello stesso Manenti) tutta la convenzione Ulpiano, dove scrive (fr. 7, 3 h. t.): " Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione ". Ma, mentre questo passo è addotto da lui in prova del senso di *conventio*, quegli altri passi nulla devono provare per il *pactum!* Avvertirò ancora che, se il momento essenziale del *pactum* si riduce ad una concessione, ad un sacrificio cui taluno si sobbarca per ottenere l' accordo, non si troverà, si può dire, convenzione che di tal momento sia priva, ed allora non saprei vedere dove stia l' importanza di questo peculiare significato e ufficio del *pactum*.

Sulle *pactiones pro libertate* vedi la serie di testi:

D. 4, 3, 7, 8: « Servus *pactionis pro libertate* reum domino dedit etc. ».

D. 16, 1, 13 pr.: « .... si ancilla *ob pactionem* libertatis expromissore dato etc. ».

D. 41, 4, 2, 14: « Et si quod non bona fide servus meus emerit in *pactionem* libertatis mihi dederit, etc. ».

D. 41, 4, 9: « Qui ob *pactionem* libertatis ancillam furtivam a servo accepit etc. ».

D. 40, 1, 6: « Servus pecuniam ob libertatem *pactus erat* et eam domino dederat etc. ».

Si vedano inoltre:

D. 38, 2, 1, 1: « ... si hoc *pepigisset*, ut ... in societatem admitteretur patronus ».

D. 2, 14, 17 pr.: « Si tibi decem dem et *paciscar*, ut viginti mihi debeantur .... ».

C. 2, 3, 7 (= Greg. 1, 10, 8), a. 213: « ... tradidisti ... ea condicione *pactoque*, ut ... tibi ... satisfaceret, *pacti conventionisque fides servanda est.* quae si non servatur, ex stipulatu .... actio dabitur ».

C. 2, 3, 9 (8), a. 222: « Si pascenda pecora partiaria (i. e. ut fetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, *fidem pacto praestare* per iudicem compelletur ».

C. 2, 3, 14, a. 241: « Si *pacto*, *quo poenam adversarium tuum promisisse proponis*, si placito non stetisset .... ».

C. 2, 3, 28, a. 294: « Si certis annis *quod nudo pacto convenerat* datum fuit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, *qui pactum fecit* etc. ».

Grandissima importanza avrebbe per contraddire la nuova teoria il passo di Gaio, 4, 134, se davvero, come ora sostiene il Kniep [1], si dovesse abbandonare la congettura di Savigny (accolta da tutti gli editori) [2] e leggere con il palinsesto *pacto* invece di *facto*. In tal caso risulterebbe l'espressione tecnica *praescriptio de pacto* da applicare ai casi, in cui, secondo la generale dottrina aristoniana, si agisce *praescriptis verbis* in

---

[1] Op. cit., p. 60 sg.

[2] Anche nella recentissima 3ª edizione del KRUEGER. Unica eccezione, già segnalata dal KNIEP, è quella dell'edizione Dubois.

seguito ad un συνάλλαγμα. Noi però dobbiamo avvertire che: 1.° la corruzione di *facto* in *pacto* non ha nulla di strano, ed occorre talvolta anche nel manoscritto fiorentino dei Digesti; 2.° che non pare che la lezione *pacto* possa dare alcun senso buono, mentre invece con *facto* si ha un eccellente significato. Gaio in quel brano, per nostra sventura lacunoso, si occupa della *praescriptio* nelle azioni per le *stipulationes servorum*. L' *intentio* va, dic' egli, riferita al domino, giacchè al servo non si può dovere; ma *in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet*. Deve dunque esporsi il fatto, che il servo ha stipulato, secondo la verità storica. Si provi invece a sostituire *pacto* e a riferire quindi l' ultima parte del paragrafo ad una diversa categoria di *praescriptiones*. Che cosa vuol dire che il *pactum verum esse debet secundum naturalem significationem?* Se si volesse dire essere necessario che quel patto abbia esistito, si direbbe cosa troppo ovvia e triviale. Se si volesse dire che deve intendersi secondo il significato naturale delle parole, si direbbe cosa non vera; poichè, se ciò sta per la *stipulatio*, non sta invece per il patto, il quale s' intende secondo la comunque provata intenzione delle parti, e non secondo la formola adoperata da esse.

Contro il Manenti sembra a noi potersi sostenere che *pactum, pactum conventum, pactio, conventio* indichino il momento comune a tutte le diverse forme di contratti, e quindi possano anche benissimo in molti casi tradursi per contratto. Anticamente troviamo designati così soprattutto i cosiddetti contratti consensuali; più tardi, in coerenza col noto principio di Pedio, anche gli altri. Le ragioni dell' uso generalmente più limitato di tali vocaboli vedremo più avanti.

Che i contratti consensuali si dicessero *pacta, pacta conventa*, soprattutto anticamente, non mi pare dubbio. Circa la società mi pare chiarissimo il testo di Alfeno, D. 17, 2, 71: « Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod... quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri *in pacto convento societatis* proscripserunt... *pacto convento* inter eos de societate facto... » (1). Si confronti anche il testo ciceroniano, che ricavo dal *Thesaurus* del Nizolius, *so-*

---

(1) Nei frr. 17 pr. e 81 eod. si accenna a patti accessori.

cietatis pactores. Quindi anche la società eretta a scopo delittuoso è detta *pactio*, come nei passi arrecati, a cui va ravvicinato quello di Cicerone: « nefarias cum multis scelerum *pactiones* societatesque conflavit » (1). Per la compravendita e la locazione cfr. Pap., fr. 39 h. t.: « Veteribus placet *pactionem* obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere »: dove non si può intendere il testo dei soli patti accessori, ma naturalmente anche del contratto principale. *Pacti sunt* dice Africano in D. 19, 5, 24 in un caso, in cui si ha un negozio, come lo stesso giurista rileva, assai prossimo al mandato.

Circa i contratti reali, abbiamo già discorso sul pegno. Rispetto al mutuo, cfr., per es., D. 2, 14, 17 pr.: « Si tibi decem dem et *paciscar*, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit » (2).

Dal fr. 4, 2 h. t., in cui Paolo sostiene che la convenzione o il patto valgono, ancorchè taciti, e applica tale dottrina alla *promissio dotis* osservando « ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis *ipso iure* evanescit stipulatio », ben si può arguire che anche la *stipulatio* rientrava nel genere di *conventio* o di *pactio*, e però si tentava di applicare ad essa alcuni dei principii di queste. Precisamente così in un frammento notissimo (D. 18, 5, 5 pr.) Giuliano decide che « acceptilatio in hac causa non sua natura, *sed potestate conventionis valet* » (opera cioè come il mutuo dissenso). Il che vuol dire che qui l'accettilazione non opera secondo la sua natura specifica e lo stretto rigore delle parole pronunziate; ma in quanto essa è anche una convenzione, e quindi pur in quanto tale estrinseca la sua efficacia. Così Scevola in un passo notevole (D. 45, 1, 122, 2) discorre di *conventio* là dove si tratta di stipulazione, e dice anzi chiaro: « ex conventione, quae fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione supra scripta ostenditur ». Ora si potrà anche capir bene il passo famoso di Paolo (D. 12, 1, 40), almeno in quanto dice che *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.* Meno

(1) Taleleo traduce " contratto di società „ il *pactum* della c. 9 (8) C. *h. t.*
(2) Circa poi i cosiddetti contratti innominati v. D. 19, 5, 8 etc.

rettamente taluni ritengono che per Paolo si abbia qui una regola analoga all' altra che *pacta in continenti facta bonae fidei iudiciis insunt*. Le due cose sono diversissime. Qui si vuol dire che i contratti accessori, che si rannodano immediatamente ad un contratto di buona fede, si fanno valere con la medesima azione principale di questo. Là si vuol dire che s' intendono dedotti in stipulazione (e però generanti la *propria actio ex stipulatu* anche i patti aggiunti ad una *stipulatio*, soprattutto se preposti a questa: cfr. D. 45, 1, 135, 2. Da ciò appare che la giurisprudenza classica posteriore, partendo dal principio che anche la stipulazione è una specie di *pactum conventum*, distinta solo per la necessità della parola e il rigore della forma, arrivava a moderare le conseguenze di quest' ultimo e soprattutto ad ammettere che un *pactum in continenti factum* sia tacitamente assunto e ravvolto nella forma della stipulazione [1].

Assunte le varie specie di convenzioni (libere, o meno, da forme) in gruppi e nomi particolari, era naturale che le voci *pactio, pactum, pactum conventum* e anche *conventio* si riservassero, se non esclusivamente, almeno preferibilmente pei casi, in cui non c' era una determinata figura munita di azione, pei casi insomma del *nudum pactum* o della *nuda conventio*.

L' idea fondamentale del diritto romano non è di trascurare e negligere quanto le parti hanno lecitamente pattuito fra loro. Anzi il pretore dice: *pacta conventa servabo*. Ogni patto, ogni convenzione è anzitutto capace, per regola, di generare eccezione. Nè ciò deve intendersi col Manenti nel senso della naturale conseguenza di una rinunzia all' esercizio del proprio diritto, in cui si sostanzierebbe il patto. L' idea è assai più generale e vasta: se anche ad alcuno non può estorcersi con la coazione l' adempimento di una promessa, la giurisdizione non deve servire però a nessuno per contraddire

---

[1] Cfr. il senso di *res pacta* in Plauto. Cfr. pure Gai. 3, 94. Ivi si confuta l' opinione di coloro che ritenevano potersi con il verbo *spondere* obbligare anche un peregrino, nel caso che un *princeps alicuius peregrini populi* rispondesse *spondeo* alla domanda *pacem futuram spondes?* o viceversa: *quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur*.

agli obblighi assunti e violare la parola data. Se io non voglio dare i cento sesterzi pattuiti, la prestazione non mi potrà essere estorta, perchè il diritto non crede per motivi estrinseci opportuno il munire di azione una simile pattuizione priva di forma. Ma se io voglio chiedere che si paghi un mio credito, che ho rimesso, mi osterà l'eccezione, poichè, se la giurisdizione poteva rimanersi inattiva nel primo caso, non può qui cooperare positivamente alla perfidia e alla slealtà. Quindi il pretore dice che, nell'amministrare la giustizia, per conto suo terrà valida la fede data e non coopererà col suo ministero a chi voglia servirsi di qualche azione, violando la parola data: *pacta conventa servabo*. Non dice il pretore: « si pactum conventum factum esse dicetur, de ea re iudicium dabo », per le suddette ragioni; dice solo che terrà conto dei patti e per conto suo, nell'amministrare la giustizia, non aiuterà chi vuole violarli [1]. Così si spiega benissimo la posizione di questa clausola nell' editto: essa è una norma generale dell' amministrazione pretoria, un limite generale che il pretore pone alla giurisdizione propria; e però se ne tratta in principio, fra i preliminari dell' editto. Donde la massima che il nudo patto genera eccezione e non azione: massima che è intimamente giusta e conforme alla natura delle cose e all' ufficio della giurisdizione, non un paradossale principio di diritto positivo, come molti ritengono. L'egregio Manenti, per salvare la razionalità del principio romano, è ricorso a tutt'altra via: si è foggiato un nuovo concetto di patto; ma, come confidiamo di aver dimostrato, senza necessità alcuna. Molto analogo al caso, in cui taluno abbia spontaneamente adempiuto il patto e poi voglia ripetere quanto ha dato per l' adempimento, è quello in cui le parti promettansi una prestazione reciproca e, avendo una adempiuta la promessa propria, l' altra si rifiuti. Qui, negandosi l' azione, si veniva cooperando direttamente all' altrui ingiustizia; giacchè si manteneva una parte nel vantaggio acquisito (solo in taluni casi era possibile una

---

[1] In sostanza si ricava analogo insegnamento dal fatto che storicamente l' eccezione di dolo precede l' azione di dolo. Il diritto non credeva ancora compito suo colpire direttamente l' autore del dolo; ma rifiutava il concorso della giurisdizione a chi volesse valersene per ottenere il frutto dei propri raggiri.

condictio) liberandola dall' obbligo di controprestare. Ed ecco come qui il patto generò azione. Così nel caso, in cui i patti accedevano ad una obbligazione principale, il diritto, dando azione per questa e negandola per quelli, sarebbe venuto a cooperare positivamente alla perfidia della parte renitente; giacchè avrebbe dato opera con l'azione *ex contractu* a far valere i diritti di essa senza poi obbligarla a quelle altre prestazioni, che in compenso s' era assunta e che avevano condeterminato il consenso dell' altra. Qui in origine servirono verosimilmente azioni *in factum* (fors' anche si potè agire *praescriptis verbis*); poi tutto si riassunse nel principale *iudicium bonae fidei* largamente inteso. Con tale dottrina nostra si spiega finalmente un punto insolubile in quella del Manenti: il fatto che il *pactum* genera *replicatio*. Le stesse ragioni, che obbligano il pretore a negare l' assistenza della propria giurisdizione a chi voglia valersene per contraddire alle fatte promesse, lo inducono a lasciare invece libero il corso di quella, quando lo stesso consenso delle parti ha rimosso quell' ostacolo. Il riguardo alla *fides*, che là aveva dettato l'*exceptio*, qui detta la *replicatio*: e proprio tutto nel riguardo alla *fides*, che non deve mai essere violata col concorso positivo della giurisdizione, si appunta qui il pensiero dei giuristi romani.

Sulla " exceptio rei venditae et traditae " (*).

A meditare su questo argomento fui invitato dal bel libro del dott. Ugo Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli* (1), il quale in base ad un completo esame dei testi (reso ora più agevole dall' indice berlinese) propone nuove conclusioni sullo svolgimento e la natura della nota *exceptio*. La sua dottrina si può riassumere così: L' *exceptio rei venditae et traditae* non è, come generalmente si ritiene (2), edittale. Originariamente la funzione di tale *exceptio* era adempiuta dalla *exceptio doli (generalis)*, l' unica che all' uopo soccorre per Sabino. Nell' età adrianea per ragioni particolari e, a quanto pare, soprattutto per l' autorità di Celso si sostituisce in casi determinati (specialmente perchè all' *exceptio* deve susseguire qualche *replicatio*) una eccezione *in factum* senza tipo fisso e costante. La incertezza nella formulazione e nella nomenclatura si trova anche dopo la revisione giulianea dell' editto: Giuliano, anzi, discorre tuttavia di una *exceptio in factum comparata*, il che basta a rimuovere ogni idea di derivazione edittale. Questa è resa molto improbabile anche dalla concorrenza dell' *exceptio doli (generalis)*, poichè questa nel periodo classico concorre bensì con le eccezioni non edittali *(in factum)*, ma, per ciò che riguarda le edittali, concorre solo con l'*exceptio pacti conventi*, qualunque sieno le espressioni adoperate in proposito da taluni giuristi. Che quell' *exceptio in factum* venisse sosti-

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. II, vol. 25, 1891. pp. 844-853].

(1) Erstes Heft, Halle 1892.

(2) Cfr. da ultimo Lenel, *Ed. perp.*, p. 405 [3ª ed., 511].

tuendosi nella generalità dei casi all' *exceptio doli*, si spiega considerando che così essa veniva a rimuovere le difficoltà per la prova del contegno subbiettivamente doloso dell' attore; è vero che negli ultimi tempi del diritto classico l' eccezione di dolo si riferisce anche a un contegno obbiettivamente doloso dell' attore, ma anche allora nè costantemente nè volentieri. Così l' *exceptio* acquistò una formulazione costante e la corrispondente appellazione tecnica di *exceptio rei venditae et traditae*; affatto parallelamente all' *exceptio non numeratae pecuniae*, che in origine è pure una *exceptio in factum* sussidiaria all' *exceptio doli*, poi generalizzata in formula determinata e designata tecnicamente dal suo contenuto. Così si spiega perchè il nome di *exceptio rei venditae et traditae* non si trovi che in pochi passi di autori relativamente recenti: in Paolo *de concept. formularum* D. 44, 1, 20, in Ulpiano (dal cui commento al libro 76 *ad edictum* deve ritenersi derivata la rubrica di D. 21, 3) e in Ermogeniano *epit.* D. 21, 3, 3 pr.

Questa dottrina dell' autore diverge pertanto in un punto fondamentale (vale a dire circa la derivazione edittale) dalla dominante. Essa, invece, coincide sostanzialmente con questa nel ritenere l' eccezione *rei venditae et traditae* come un aspetto particolare, una configurazione più concreta della generica eccezione di dolo [1]. E così il nostro autore rigetta i tentativi di coloro, che hanno voluto cercare un' origine speciale della nostra eccezione, soprattutto l' opinione, secondo cui essa sarebbe sorta per difendere l' acquirente a cui fosse stata tràdita una *res mancipi* dal domino quiritario contro la rivendicazione di quest' ultimo. Tale opinione, in verità, avrebbe meritato un più accurato esame, perchè troviamo che nella trattazione della nostra materia essa appare di quando in quando con tale insistenza, da far supporre che realmente vi siano nelle fonti nostre forti argomenti, che la inducano. In questo secolo la tesi è sostenuta nelle due monografie contemporanee di Mi-

---

[1] Cfr. VANGEROW, *Pand.*, 1[7], 660: " diese Einrede, welche auch häufig unter dem generellen Namen der exceptio doli vorkommt ", dove molto inesattamente si esprime il concetto medesimo; WINDSCHEID, *Pand.*, 1[7], 558 n.: " die Einrede konnte auch als exceptio doli gefasst werden ". Altri (per es., SCIALOJA, *Diritti reali*, lezioni litogr., II, 190) vedono nella nostra eccezione l' *exceptio doli* rinforzata.

chelsen e Albers [1], dal Voigt [2] e brevemente dal Lenel [3], contro cui esclusivamente si rivolgono le osservazioni dell' autore. A me sembra che tali osservazioni non prevalgano contro le varie ragioni militanti per quella dottrina, finora però non sufficientemente dimostrata. Alla dimostrazione completa il libro stesso del Krueger offre, a mio avviso, i mezzi migliori, come tento di provare nella presente nota.

Se non erro, la storia dell' *exceptio rei venditae et traditae* si può configurare così. Essa fu proposta, probabilmente prima della eccezione stessa di dolo, nell' editto, ai tempi repubblicani, per difendere il *dominus* bonitario contro la rivendica del suo autore, *dominus* quiritario. La stessa sua formula ne permetteva, del resto, l' uso in altri casi, in cui la tradizione, fatta dal *dominus* in seguito ad *emptio* (poi in seguito ad altri negozi giuridici aventi analogo scopo), per diversi motivi non costituisse subito *dominus* l' accipiente. Ma tale *exceptio* non era destinata a chi avesse acquistato *a non domino*, per quanto poi il tradente divenisse *dominus* ovvero il *dominus* succedesse al tradente. Qui suppliva l' *exceptio doli*. La quale però non sempre era applicabile; non lo era, per es., quando o contro l'eccezione del convenuto voleva replicare l'attore o contro una replica (dato che apparisse in forma di questa) dell'attore voleva duplicare il convenuto. Può infatti considerarsi come certo che, data una serie di condizioni positive e negative della *condemnatio*, quella fondata esplicitamente sul dolo d' una delle parti deve sempre apparire ultima; sicchè, ove nel mezzo della serie abbia a farsi valere una contraddizione, che assumerebbe di regola la figura di eccezione o replica di dolo, deve sostituirsi una congrua formulazione *in factum*. Il *factum* poi qui coincideva col contenuto dell' *exceptio rei venditae et traditae*, sicchè i giuristi dell' età postgiulianea, vinte le difficoltà derivanti probabilmente dalla speciale menzione del caso originario fatta nella rubrica edittale (non in apposito editto,

---

[1] *De exceptione rei venditae et traditae.* Berlino e Gottinga, 1824. Dietro il Michelsen, op. cit., p. 24 sg., il Leist, *Bonorum poss.*, I, 264 sg. e il Sell, *Röm. Lehre vom Eig.*, p. 382 [2] sg.

[2] *Ius naturale*, IV, 506 sgg.

[3] *Ed. perp.*, p. 405 [3ª ed., 511 n. 12].

come pensavano i vecchi e tuttora pensa il Voigt), vi riassumono con larga interpretazione tutta l'altra categoria di casi: i soli, a cui nel diritto nuovo essa rimane quindi applicabile. E così si ha il fenomeno, non nuovo nello svolgimento del diritto romano, che una diversa corrente influisce in un istituto ad essa originariamente non destinato e, venuta meno la primitiva funzione di questo, esso sussiste tuttavia per adempiere alla nuova funzione acquisita.

Questa ricostruzione incontrerebbe certo una difficoltà, se davvero il nome tecnico di *exceptio rei venditae et traditae* e gli accenni ad una costante formulazione di essa risalissero solo agli ultimi tempi della giurisprudenza classica. Si potrebbe invero rispondere che nelle compilazioni giustinianee ogni menzione della funzione da noi indicata quale originaria della *exceptio*, e non più pratica nel diritto nuovo, deve supporsi appositamente eliminata; che nella seconda funzione essa appaia solo in testi di data recente, è conforme alle nostre stesse premesse (1). Ma a chi non credesse sufficiente tale risposta (per il motivo che raramente, pur degli istituti tramontati, nelle compilazioni giustinianee è venuta meno ogni reliquia) potremmo dire che non con piena ragione il Krueger restringe le testimonianze a favore dell'antico riconoscimento della *exceptio rei venditae et traditae* nella sua tecnica concezione e nomenclatura. In D. 19, 1, 50, tolto da Labeone (lib. IV post. a Iav. epit.), leggiamo le parole « utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset ». È oscuro e disputato il senso di questo frammento; ma ciò non toglie che l'allusione alla nostra *exceptio* appaia evidente. E, se tale testimonianza non vuolsi far risalire (come pur probabilmente risale) a Labeone, essa risale in ogni modo a Giavoleno, ossia ad un'età ben più remota di quella, cui appartengono le testimonianze accettate dal Krueger. Questi naturalmente non ignora il passo, ma tenta diminuirne l'efficacia sia adducendo la possibilità di emblemi, sia osservando che non è certo che il giurista accenni qui ad una *exceptio*, sia finalmente notando

(1) Si spiega però con tal motivo, che portava ad eliminare i passi concernenti la funzione propria e principale della eccezione, la scarsità dei passi in cui della nostra *exceptio* si fa parola: cfr. pure VOIGT, op. cit., p. 510.

che il nome tecnico di *exceptio rei venditae et traditae* non appare. Ma chiunque legga spassionatamente si convincerà che, se esso fu alterato dai compilatori, l' alterazione dovette consistere in soppressioni e non in aggiunte; e che le accennate parole non possono avere altro senso, che riferite alla nostra eccezione. La quale è così indicata come avente un formulario prestabilito, fisso e costante; non quindi come una eccezione *comparanda in factum*, ma come una eccezione proposta nell'editto [1]. Altre due testimonianze risalgono all'età giulianea, ed una anzi direttamente a Giuliano (44 dig., D. 41, 4, 7, 6): « et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae ». È vero che qui la nomenclatura tecnica è alterata e ci viene esposto il contenuto di un particolare adattamento della *exceptio*; tuttavia la stessa aggiunta *voluntate eius* presuppone uno schema fondamentale e costante. Infatti Giuliano parla di un' eccezione nota, non di un' eccezione da crearsi per quel caso, precisamente come si adducono le multiformi varianti dell' eccezione (replica) procuratoria, certamente edittale, per es. D. 27, 10, 7, 1. L' altra testimonianza risale a Pomponio, lib. 1 *senatusconsultorum*, opera d' incerta data, che secondo il Krueger (Ugo) sarebbe posteriore alla redazione giulianea dell'editto, D. 16, 1, 32, 2: « exceptio quidem opponitur ei de re empta et tradita ». Questo passo, che a mio avviso prova l' esistenza per i tempi di Pomponio di un nome e di una formola tecnica per l'eccezione nostra, è, anzi, addotto dal Krueger come argomento per la contraria tesi. Se vi fosse stata la rubrica edittale *de re vendita et tradita*, Pomponio non si sarebbe permesso di alterare arbitrariamente tale nomenclatura; è poi da credersi che egli formulasse l' *exceptio* in modo corrispondente *(nisi* N^{us} N^{us} *eam rem ab* A^{o} A^{o} *emit eaque ei tradita est)*, ciò che escluderebbe naturalmente l' esistenza di un formulario nell'albo. Ora, a me questo ragionamento sembra poco fondato, perchè bisognerebbe dimostrare che i giuristi

---

[1] Qui e avanti, noi non intendiamo sostenere che il nome tecnico e una certa costanza di formola in un' *exceptio* provi senz' altro la sua origine edittale. Per gli altri argomenti v. più sotto. Prova però certamente che l'eccezione è già costituita e nota, e che non si può pensare ad un'*exceptio in factum* sussidiaria a quella di dolo, oscillante nella forma e nelle applicazioni.

romani, nominando le eccezioni edittali, s' attenessero sempre scrupolosamente alle rubriche dell' albo; mentre la cosa sta precisamente al rovescio. L' *exceptio* designata nella rubrica *pacti et conventi* è indicata dai classici quale *exceptio pacti*, *exceptio transactionis*, *exceptio transacti negotii* e da Proculo e Celso quale *exceptio conventionis*. Dell' eccezione, certamente edittale per gli argentarii, *mercis non traditae*, noi conosciamo la formula (Iul. 54 dig., D. 19, 1, 25): « *si ea pecunia, q. d. a., non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est* ». Ora, ecco come ne discorre Gaio 4, 126ª: « obicitur ei exceptio, ut ita demum ei emptor damnetur, *si ei res quam emerit tradita est* ». È proprio lo stesso scambio, che abbiamo avvertito per Pomponio! Ora, se noi troviamo usata da Giuliano la formula *res vendita*, come nelle testimonianze posteriori, è ovvio ritenere che questa sia stata davanti anche a Pomponio e che la variante della sua espressione (spiegabilissima dal momento che egli, come Gaio, parlava dell' *emptor*) non abbia quel così grave significato, che al Krueger pare. Concludendo, pertanto, l' *exceptio rei venditae et traditae* appare già nota a Giavoleno (probabilmente anche a Labeone); è adoperata da Giuliano e Pomponio, nonchè sicuramente da Marcello (D. 21, 3, 1 pr.) (1); vi troviamo dedicata una speciale rubrica nel commentario ulpianeo *ad edictum*. Non è ben verosimile che appunto la rubrica medesima vi fosse nell' editto? v' è esempio analogo per qualsiasi altra eccezione non edittale?

A queste risultanze sembrano però opporsi due testi, in cui della nostra eccezione si discorre in modo da far credere che fosse una eccezione non edittale, *in factum*, variamente formulata. L' uno di tali testi è il fr. 1, 4 h. t. di Ulpiano (76 *ad ed.*), dove si fa il caso che un servo comperasse *peculiariter* una cosa e venisse quindi manomesso per testamento con legato di peculio prima che la cosa comperata e tràditagli passasse in proprietà del *dominus*. Se « venditor a servo merces

---

(1) Si noti che anche Celso dovette conoscere l' eccezione nostra, come prova la frase *haec exceptio* in D. 21, 3,1, 3. Non può pensarsi col Voigt e col Krueger (che però muovono da diversi ragionamenti) che qui i compilatori abbiano alterato il testo, che parlava di *exceptio in factum*, giacchè in tal caso i compilatori avrebbero soppresso la designazione della qualità dell' *exceptio* e lasciato il nome generico; cfr. fr. 3 h. t.

petere coeperit, *exceptio in factum* locum habebit ». Che qui si tratti di un caso, cui è applicabile la nostra eccezione (ed anzi, per noi, il caso originario della sua applicazione), non è dubbio. Perchè dunque Ulpiano, che conosceva certo l' eccezione nostra, usa sotto la rubrica relativa questa espressione, che certo non si addice ad un' eccezione edittale, anzi neppure ad una eccezione fissatasi in tipo costante? Il Krueger cerca la spiegazione in ciò, che qui Ulpiano copia da un autore più antico, dai Digesti di Marcello. Ma tale spiegazione contenta assai poco. Intanto è difficile conciliare con tale ipotesi il fatto che in questo stesso frammento si cita Celso, il quale non vien mai citato da Marcello. È vero che a Marcello non dovettero essere ignote le opere celsine; anzi non sono alieno dall' ammettere un largo uso di queste da parte sua: converrà pertanto dire che qualche avvertenza iniziale nell' opera marcelliana tenesse luogo delle singole e ripetute citazioni. Lo stesso deve dirsi a un dipresso di Pomponio rispetto a Gaio. Ma v'ha di più; ed è che Marcello (fr. 1 pr. h. t.) conosce sicuramente come tipo fisso l'*exceptio rei venditae et traditae*. Non so perchè il Krueger non ha voluto tener conto della chiarissima spiegazione addotta dal medesimo Ulpiano: « quia is tunc servus fuisset cum contraxisset ». Non si può dire « nisi ea res N° N° vendita et tradita est », perchè N^us^ N^us^, ossia il liberto attuale convenuto, è *alius homo*; non è affatto la stessa persona, che ha contrattato e ricevuto la cosa. Occorre un' altra formulazione dell' *exceptio*; in altre parole un' *exceptio utilis*. Che tali adattamenti delle eccezioni edittali si dicessero *exceptiones in factum* nega affatto il Krueger, ma non in modo convincente. Un parallelo anzi chiarissimo troviamo nei frammenti Vaticani, § 310: « neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum ». L'*exceptio legis Cinciae* è edittale; l'*exceptio in factum* « si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum », concepita sullo stampo e destinata alla stessa funzione di essa, ha luogo quando si tratti di persone prive della cittadinanza romana [1] e pertanto dalla legge non contemplate. L' *exceptio redhibitionis* era edittale solo per i contratti con gli argentarii; se si voleva applicare il medesimo principio ad

(1) Cfr. Huschke *in h. l.*

altre persone, bisognava ricorrere ad una *exceptio in factum* (Alfeno, D. 44, 1, 14). Anche nel caso nostro, la persona che vuol eccepire non è quella, cui l' *exceptio* sarebbe destinata; però ha luogo un adattamento di essa, un' *exceptio in factum*. Anzi, pare a me che questo frammento distrugga tutto l' edificio del Krueger. Il giurista dice: « qui si dà un' eccezione *in factum* perchè le condizioni del caso sono specialissime », e con ciò insegna ben chiaro che l'ordinaria *exceptio rei venditae et traditae* non è un' *exceptio in factum* nel comune significato; è quindi un' eccezione stabile, avente un nome e una formola tecnica, e, secondo ogni apparenza, un' eccezione edittale.

Non così facilmente si può invece rimuovere l' altro testo, che è pure di Ulpiano, ma contiene una decisione di Giuliano: D. 44, 4, 4, 32. Il caso è semplicissimo [1]: Tizio vende e trade, ricevendo il prezzo, il fondo altrui, e poi diventa erede del proprietario. Il pretore difenderà il primo compratore anche contro un secondo acquirente « quia, et si ipse Titius fundum a te peteret, *exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur* ». Che (prescindiamo ora dalla concorrenza dell' *exceptio doli*) mal si possa per *exceptio in factum comparata* indicare un' eccezione stabile, avente una formola ben determinata e nome tecnico, è troppo chiaro, e anche il Krueger del resto lo prova. Nè si può pensare che tali designazioni sieno aggiunte posteriori, per quanto esse manchino affatto nella relazione che altrove Pomponio fa (2 *ad Pl.*, D. 21, 3, 2) della medesima decisione giulianea [2]. Giacchè è troppo naturale il credere che nel fr. 2 cit., dove ora si legge *exceptione summoveretur*, si leggesse in origine *exceptione* ⟨*in factum comparata vel doli*⟩ *summoveretur*, e che il testo venisse così modificato per accordarlo con la rubrica del titolo [3]. Nè ci sembra essere ragione per ritenere che i motivi speciali, impedienti la concessione dell' *exceptio rei venditae et traditae*, sieno stati cancellati dai compilatori. Accettiamo quindi come sta questa importante risoluzione, da cui il Krueger a mio avviso fu spe-

---

[1] Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, I, 121.

[2] Notevole è, in ogni modo, che in tutto questo lungo brano Ulpiano penda appunto da Pomponio; cfr. anche §§ 29-31.

[3] Cfr. anche Voigt, *Ius nat.*, IV, 514 n. 70.

cialmente tratto fuori di strada, e consideriamo il rapporto di essa con le precedenti.

Momento comune a tutte le decisioni sopra commentate, in cui si concede l'*exceptio rei venditae et traditae*, è che si tratta di casi in cui l'acquirente ha bensì ricevuto dal *dominus* la cosa, ma senza che in lui si trasferisse il dominio, e perciò trovasi, a rigore di diritto, esposto alla rivendica del suo autore. Tale è la fattispecie nel frammento di Labeone (post. a Iav. epit.) D. 19, 1, 50: tale è quella nel frammento di Pomponio (1 SC., D. 16, 1, 32, 2); tale è quella, in cui Ulpiano (D. 21, 3, 1, 4) concede per ragioni da lui indicate l'*exceptio in factum*, facendo così intendere che, non sussistendo quelle date ragioni, si dovrebbe ricorrere alla tipica *exceptio rei venditae et traditae*. Finalmente, se Giuliano parla (D. 41, 4, 7, 6) di *exceptio rei voluntate eius* (cioè del *dominus*) *venditae*, dove l'ipotesi è sostanzialmente identica, è dal *dominus* che procede in causa la vendita e la *traditio*, ma per ministero di procuratore. Invece il passo, in cui Giuliano discorre di *exceptio in factum comparata*, tratta dell'ipotesi che « *a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat* ». L'esame pertanto dei testi ci dà molta luce: per quanto noi possiamo risalire nella storia della giurisprudenza romana, vediamo che l'*exceptio rei venditae et traditae* è data a tutela dell'acquirente per tradizione di una *res mancipi* contro il *dominus* quiritario autore e rivendicante; invece troviamo che Giuliano non conosce ancora l'uso di tale eccezione in seguito ad un acquisto *a non domino* e s'aiuta con l'*exceptio doli generalis*, qui pure in determinate combinazioni sostituita da un'*exceptio in factum comparanda*. Tale processo è perfettamente conforme a quanto dicevamo in principio di questa nota, e risponde benissimo alla notizia dataci nel fr. 1 pr. h. t.:

« Marcellus scribit, si *alienum fundum* vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum ».

Marcello è l'autorità, cui Ulpiano si richiama, per estendere *hanc exceptionem*, ossia quella della rubrica, al caso di acquisto *a non domino*; e giustamente diversi scrittori, fra cui il Voigt e il Lenel [1], vi hanno visto un argomento per rite-

[1] Loc. cit.

nere che in origine « der eigentliche Fall der exceptio war Verkauf und Tradition einer *res mancipi* durch den Eigentümer » [1]. Il Krueger [2] propone una diversa esegesi di questo frammento, che verrebbe per lui a dire che, nell' accennata fattispecie, l'attore si può respingere non solo con l'eccezione di dolo, ma anche *hac exceptione*, ossia *rei v. et tr.* In altre parole, il *recte* non si riferirebbe alla qualità della fattispecie, caratterizzata dal *fundum alienum*, ma alla qualità dell' eccezione che viene concessa. Ma una tale esegesi non mi pare da approvarsi. Nella ipotesi del Krueger il giurista non si sarebbe espresso così; ma avrebbe detto *hac quoque exceptione rep.*, o meglio *non solum doli, sed etiam hac exceptione*, essendo strano che, spiegandosi il valore di un' eccezione, si adduca il caso originario e normale della sua applicazione e si dica che in esso l' eccezione rettamente s' impiega. Che poi il vero caso dell' eccezione nostra fosse quello della vendita e tradizione della *res mancipi* da parte del *dominus* quiritario, appare da Ulpiano, 76 *ad ed.*, D. 50, 16, 67 pr. Questo frammento faceva, in origine, parte del commento della nostra eccezione e precedeva quanto, ora si legge nel fr. 1 h. t., come si prova facilmente per il fatto che ivi Ulpiano commenta la rubrica (altro importante indizio di derivazione edittale!) e precisamente la voce *venditae*. Ecco che cosa scrive il giurista:

« *alienatum* non proprie dicitur, *quod adhuc in dominio venditoris manet; venditum* tamen recte dicetur ».

Dunque, commentando la rubrica, l' ipotesi, cui si riferisce Ulpiano, è che, nonostante la vendita e la tradizione, il dominio sia rimasto presso il venditore! Se dopo simili osservazioni si aggiungeva che questa eccezione rettamente poteva usarsi nel caso di chi vendesse il fondo altrui, adducendosi all' uopo l' autorità di Marcello, chi non vede che volevasi così indicare un' estensione dell' ambito originario dell' eccezione medesima?

---

[2] È però singolare come il Voigt diverga nel considerare il rapporto tra il fr. 1 pr. h. t. e D. 44, 4, 4, 32. Cfr. op. cit., p. 516. La sua spiegazione dell' ultimo passo è grandemente diversa.

[3] Op. cit., p. 74.

Anche l' esame dei casi, in cui con la nostra eccezione concorre l' *exceptio doli*, mi sembra favorevole al nostro assunto. In genere la concorrenza della eccezione di dolo (1) non sarebbe argomento per negare l' origine edittale. L' *exceptio doli* concorre sicuramente e (almeno per il diritto posteriore) in larghissima misura con l'edittale *exceptio pactio conventi*, quando dal complesso fenomeno del patto si astrae la dichiarazione esplicita o implicita dell' attore, con cui il suo attuale contegno si pone in contrasto. Ora, la medesima contraddizione con l'atto o dichiarazione propria vi ha pur nell' ipotesi nostra; e si ha quindi la medesima ragione dell' accennata concorrenza. Tuttavia è importante avvertire come non sia mai registrato nelle fonti un caso di concorrenza dell' *exceptio*, quando questa serve a tutelare chi ha acquistato dal *dominus* e neppur quando si vuol tutelare chi ha acquistato da persona diversa dal *dominus*, ma per volere di questo, ossia dal rappresentante del *dominus*.

Niuno infatti penserà che si contenga un contrario argomento in D. 23, 3, 7, 3 (Ulp. 31 *ad Sab.*): « sed ante nuntium remissum si (scil. res in dotem datas) vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari ». Infatti, qui tutto il negozio pende da una condizione sospensiva, l' avverarsi del matrimonio, e pertanto anche la *traditio* non esplica i suoi effetti, finchè tale condizione siasi adempiuta. Non possiamo quindi richiamarci alla nostra eccezione, opportunamente adattata al caso della costituzione di dote; ma dobbiamo supplire con l' eccezione generale di dolo, o, dove le circostanze lo richiedano, con una acconcia *exceptio in factum* (2).

---

(1) Con la nostra eccezione non concorre mai l' *exceptio pacti*, il che non mi sembra conforme alle argute deduzioni del MANENTI, *Sulla dottrina generale dei pacta*, pp. 142-144.

(2) A torto quindi, per es., il SALKOWSKI, *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts*, 6ª ed., pp. 202-208, adduce come equipollenti per questo caso l'*exceptio doli* e l'*exceptio rei venditae et traditae*.

La consunzione processuale dell' "actio de peculio" (*).

È noto quanto siasi disputato fra i moderni intorno a questo argomento, di cui è grandissima l' importanza per la conoscenza della procedura classica. Non è compito mio di riprodurre qui le opinioni più autorevoli, essendo tale lavoro già stato fatto più di una volta. Nello scorso anno l' Erman nella sua ampia e acuta critica del lavoro del Pokrowsky è ritornato sull' argomento e le sue osservazioni hanno richiamato l' attenzione di un giovane e valoroso romanista italiano, il Lusignani, il quale ha pubblicato una memoria esegetica intitolata: *La consumazione processuale dell' actio de peculio* (1). Questa memoria ha provocato una risposta dell' Erman nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (2), dove il professore di Losanna accetta qualcuno dei più importanti risultati del Lusignani ed altri critica e respinge. Lo stesso volume della *Zeitschrift* contiene un articolo del prof. Pokrowsky scritto con dottrina ed efficacia.

Il principale fra i risultati del Lusignani, accolto dallo Erman, è quello di ritenere interpolato D. 15, 1, 32 pr. nella sua ultima parte, e cioè dalle parole *sed licet hoc iure contingat* fino ad *intuetur.* Questo brano è scritto in un latino abbastanza buono e non presenta per lo stile e per la lingua

(*) [In *Archivio giuridico,* LXIV, 1900, pp. 78-93].

(1) Parma 1899, in-8°, pp. 38. Cfr. la mia recensione nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXVII, 389 sgg.

(2) R. A., 20, 1899, p. 243 sg.

forte argomento di emblema; *liberari occasione iuris* è detto bene, e la frase *intentio liberat* per indicare l'efficacia consuntiva della contestazione della lite è insieme propria e concisa. Tuttavia è tale il distacco fra questo brano e il precedente, così inaspettato il transito, così poco conforme al sistema classico il ragionamento ed invece così congruo al sistema giustinianeo e ad altre ormai bene accertate innovazioni, che chi rilegga senza preconcetti il testo intero non potrà a meno di ammettere l' interpolazione indicata.

L' Erman, che pure riconosce l' accennata interpolazione, non ammette però che fosse ignota alla procedura classica una *restitutio iudicii* a favore di colui che, avendo agito contro uno solo dei passivamente legittimati e avendo ottenuto condanna in misura della relativa porzione di peculio, si trovasse tuttavia scoperto e volesse chiamare altri in causa per il residuo pagamento. Se, egli dice, Giuliano (e dietro lui Ulpiano) non parla di questa *restitutio*, è perchè egli concede all' attore di dividere *a priori* la sua azione e chiamare in causa *pro parte* i varii legittimati; se l' attore non si è valso di questa sua facoltà e ha preferito convenire uno solo *in integrum*, non può lagnarsi che di sè medesimo se poi non ha trovato nella parte relativa di peculio di che soddisfarsi intieramente. All' uopo egli cita il fr. 27, 3 h. t., secondo cui Giuliano « probat omnimodo permittendum creditoribus (del servo alienato) vel in partes cum singulis (venditore e compratore) agere, vel cum uno in solidum » (arg. anche dal § 8 ib.) (1).

Una tale divisione dell' azione era invece combattuta da altri giuristi: ad es., da Proculo (l' Erman congettura, anzi, l' esistenza di una controversia scolastica). Nel fr. 47, 3 ib. si legge: « Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, *competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait:* sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, *ut simul cum emptore et cum venditore experiatur:* satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset con-

(1) V. anche Giuliano, fr. 14 pr. h. t.: " cum omnibus heredibus de peculio agendum est " e § 1 *ib.* " et de peculio actio et deductionis ius *scinditur* ": cfr. Herzen, *apud* Erman, p. 248.

secutus: et hoc iure utimur ». Qui troviamo dunque negato il diritto di *scindere actionem* e coerentemente troviamo concessa la restituzione a favore dell' attore, il quale, obbligato a consumare tutta l' *intentio* contro un solo dei passivamente legittimati, s' è poi trovato solo in parte soddisfatto *ex peculio, quod penes eum fuit.*

Quest' ultima dottrina è quella che, secondo l' Erman, hanno accolto i compilatori delle Pandette, i quali non sentono veruna ripugnanza ad accordare successivamente una nuova azione di peculio, mentre stimano opportuno, anche allo scopo di diminuire le liti, di non concedere di *dividere actionem re integra.* I compilatori, per cui non c' è difficoltà a restituire l'azione, hanno, in conformità alle loro tendenze conosciute, concesso a colui *qui semel de peculio egit* di *agere rursus aucto peculio de residuo debiti:* questa interpolazione è ammessa dallo Erman, che giustamente mette in relazione con essa l' altra innegabile del fr. 32, 1 h. t. Egli muove poi rimprovero al Lusignani di essere andato troppo oltre nello stabilire interpolazioni e soprattutto di non aver tenuto calcolo dell' indirizzo equanime della giurisprudenza classica e delle larghe facoltà spettanti al pretore, per cui egli poteva rimediare agli effetti ingiusti della consunzione processuale.

Se dalle trattazioni dei giureconsulti del periodo giustinianeo ed in particolare da quelle dello Stefano si può arguire qualche cosa intorno alle dottrine dei compilatori delle Pandette, queste non sarebbero precisamente quelle, che l' Erman ha congetturato. Lo Stefano ammette che l' *intentio* della formula *de peculio* deduce in giudizio tutta l' obbligazione; tuttavia aggiunge (e la sua opinione non è molto remota da quella recentemente esposta dal Lenel) che la portata della consunzione è limitata per influenza della *condemnatio;* la consunzione, cioè, è ristretta a quell' importo del credito che corrisponde a ciò che si trova nel peculio. In tal senso lo Stefano spiega perchè non si concedano le cauzioni *de futuro incremento peculii* (1); egli, come molti moderni, ritiene negate

(1) *Suppl. Bas.*, ed. ZACH., p. 228 (sch. 189). Cfr. lo stesso, *ib.*, p. 237 (sch. 12).

le cauzioni perchè inutili, non perchè mancanti di fondamento. Colui, che ha agito *de peculio* senza ottenere completa soddisfazione, può, *aucto peculio*, agire *de residuo debiti* con la medesima azione, senza bisogno di restituzione o d'altro, appunto perchè non è stata interamente consumata. Non così invece se taluno ha agito *de peculio* contro uno dei passivamente legittimati (ad es., contro uno fra più proprietari od usufruttuari del servo o contro il solo venditore o il solo compratore di esso). In tale ipotesi egli consuma veramente l'azione, giacchè questa comprende tutto il peculio attualmente esistente, e non può quindi intentare giudizio contro altri, se non viene prima restituito; può, cioè, agire non direttamente, ma utilmente e κατὰ ἀνανέωσιν [1].

In quest' ultima ipotesi, poi, quei vecchi bizantini stimano che di regola devesi ammettere la divisione dell'azione; lo Stefano [2] dice chiaro di non lasciarsi turbare da qualche passo apparentemente contrario. Circa il fr. 47, 3, che secondo l'Erman contiene la norma accolta nel diritto giustinianeo, noi non abbiamo pur troppo che un brano insignificante dell'opera dell'Enantiofane, e ignoriamo quindi com'egli lo avrebbe messo in accordo con gli altri. Lo Stefano [3] dice che è vietato agire *eodem tempore* parzialmente contro ciascuno (κατὰ ταὐτόν); ma che è lecito agire successivamente e *pro parte* (ἐν διαφόρῳ καιρῷ κινεῖν κατὰ τοῦ πράτου εἰς μέρος καὶ κατὰ τοῦ ἀγοραστοῦ πάλιν εἰς μέρος), nel qual caso cessa affatto il bisogno di ἀνανέωσις dell'azione.

Questa dottrina è in sostanza migliore di quelle che porgono molti pandettisti moderni e, meno l'ultimo punto che dipende da una forzata interpretazione di testi poco armonici, appare abbastanza logica. Possiamo ben ritenere che essa rappresenti le condizioni del diritto giustinianeo, pure riconoscendo che essa non spiega affatto quelle del diritto classico.

Che per il diritto classico l'*intentio* dell'azione *de peculio* operasse il suo naturale effetto di consumare tutta la relativa

---

(1) Steph., *ib.*, p. 228; 215.

(2) Loc. cit., p. 216.

(3) Loc. cit., p. 229 (sch. 193).

obbligazione, pare a me non si possa mettere in dubbio. Lo stesso Stefano ([1]) osserva che « ἡ .... de peculio .... διὰ τῆς ἰντεντίονος πᾶσαν τὴν ἀγωγὴν ἤτοι ὅλον τὸ χρέος εἰς τὸ δικαστήριον καταφέρει » : Giuliano, la cui opinione è riferita nella parte certamente genuina del fr. 32 pr. h. t. (preso dalle *disput.* di Ulpiano), dice: « si ex duobus vel pluribus heredibus... unus fuerit conventus, *omnes heredes liberabuntur,* quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet, qui convenitur condemnetur » ([2]). E lo stesso si ripete a proposito di *plures fructuarii* o *bonae fidei possessores.* Il linguaggio è affatto analogo a quello che si usa in altri casi, in cui, dedotta in giudizio contro uno la lite, avviene la consumazione processuale: ad es., D. 9, 3, 3. Quindi anche la potestà di elezione data all' attore, come appunto avviene nelle obbligazioni correali: D. 15, 1, 11, 8 ([3]). Così sappiamo *de peculio actione peremi de in rem verso actionem* : D. 15, 3, 1, 2; e l' importanza di questo passo nella presente questione risulta da Inst. 4, 7, 4. La efficacia consuntiva reciproca dell' azione tributoria e di quella *de peculio* (D. 14, 4, 9, 1) ovvero di quella *quod iussu* e di quella *de peculio ex eadem causa* (D. 14, 5, 4, 5) ([4]) illustra egregiamente il principio. In perfetta coerenza troviamo pronunciata la reciproca consunzione fra l'azione pura e l'azione adiettizia: D. 14, 1, 1, 24. 22, 1, 32, 3 (con accenno alla elezione: *vel .... vel*). Tali risultati non vengono infirmati dalle ingegnose argomentazioni del Pokrowsky ([5]), il quale riconosce la grave importanza che ha la presente questione per la sua tesi. Egli torna ad insistere sul fatto che la *litis contestatio*

([1]) Loc. cit., p. 228 (sch. 189).

([2]) La conseguenza per l' attore che sceglie per convenuto colui, *penes quem minus est peculium*, è simile a quella che spetta all' attore che per errore lascia diminuire la *condemnatio* nella formula: " si vero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur quod posuit: nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest " (Gai. 4, 57).

([3]) Cfr. fr. 50, 3 h. t.: " quamquam creditor electionem ... haberet ".

([4]) Il testo eccettua il caso dell' attore *deceptus.* L' antica ermeneutica beritese intorno al testo genuino di Ulpiano *ad edictum* (su cui riferisce Stefano ad h. l.: *Suppl. Bas.*, p. 193) osservava: τῷ μὲν deceptus ἔχει [ὁμοίως τὸ c]ircumscriptus: che siamo cioè nei termini della *restitutio ex capite doli.*

([5]) *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., XX, 1899, p. 115 sgg.

nell' *actio de peculio* non libera *ipso iure* i fideiussori del servo e torna a citare D. 44, 2, 21, 4: « si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, *excipiendum est de re iudicata* ». Non trova verosimile la dottrina dello Erman, il quale ammette in questo passo una *singularis opinio* di Pomponio; la comune sentenza dei giuristi romani sarebbe stata quella, che l' *obligatio naturalis tantum* del servo, base della fideiussione, e per conseguenza la fideiussione medesima, non potevano essere consumate dalla contestazione di lite. L' Erman aveva citato D. 46, 3, 84: « egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit », e 38, 2 *ib.*, ove i fideiussori son dichiarati liberi solo se il dòmino, convenuto con l'*actio de peculio, damnatus solvit.* Il Pokrowsky spiega invece i testi così. L' esperimento dell' *actio de peculio* (che è un rimedio di diritto pretorio) non può aver efficacia consuntiva diretta. Rimane ancora esperibile o la stessa azione (per gli incrementi del peculio) o l'azione diretta o quella contro i fideiussori, e, solo quando la prima abbia condotto il creditore a soddisfazione piena, osterà la *res iudicata* agli ulteriori esperimenti. Questa limitazione degli effetti dipende dalla stessa limitazione del rimedio *(dumtaxat de peculio).* L' Erman, secondo il Pokrowsky, cade in grave contraddizione, quando invece ammette la consunzione *ipso iure* nel fr. 32, 1 nel fr. 47, 3 etc. Non si tratta qui pure di azione *de peculio servi*? Non dovrebbe qui pure l' *obligatio naturalis tantum* resistere alla consunzione processuale? A mio avviso tutta questa controversia dipende dal non aver posto chiaro il concetto fondamentale. Come dobbiamo noi immaginarci che si costituisse un *fideiussor servi*? Non certo con la solita formula *idem fide tua esse iubes*? o *idem dabis*? etc.; poichè qui manca il debito civile, che il fideiussore possa assumere. Il fideiussore qui non poteva comparire in altra veste, che di *fideiussor indemnitatis*: promettendo al creditore di pagargli *quod minus a Sticho* (il servo) *consecutus fuerit.* Da ciò dipende che il *fideiussor servi* non può essere liberato per il fatto che si contesti la lite nell' *actio de peculio.* Affatto parallelo ai passi di Proculo e Africano citati dallo Erman è D. 12, 1, 42 pr. di Celso:

« Si ego decem stipulatus a Titio deinceps stipuler a Seio quanto minus a Titio consequi possim, si decem petiero a

Titio, non liberatur Seius .... at si iudicatum fecerit Titius, nihil ultra Seius tenebitur ». Cfr. D. 45, 1, 116.

Se però il *dominus* nell' *actio de peculio* venisse assolto, allora è il caso di un' eccezione di cosa giudicata (in funzione positiva) a favore del *fideiussor*; ed è questa l' ipotesi, a cui deve riferirsi la decisione pomponiana, che sarebbe probabilmente più chiara, se i compilatori non avessero tralasciato qualche nesso intermedio.

Invece, non può negarsi che nella compilazione giustinianea quelle conseguenze siano più volte state obliterate mediante interpolazioni. Oltre il citato fr. 32 si veggano i seguenti, che confortano con la loro evidenza la tesi per quello sostenuta.

D. 22, 1, 32, 3. In questo passo si dice che la mora del padre non può modificare il contenuto dell' azione adiettizia; e giustamente, poichè l' *intentio* è in nome del figlio. Quindi, « si... pater dumtaxat (de peculio) convenietur, ex mora sua non tenetur ». Invece, se è il figlio costituito in mora, « tunc actor *vel* cum ipso in solidum, *vel* cum patre dumtaxat de peculio habebit ». Strano [1] si è che, dopo aver dichiarato che il padre non risponde della sua mora, il testo aggiunge: « in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet ». Il testo non dice quello che si aspetterebbe, e cioè non tratta il quesito, se il figlio, convenuto *in solidum* e con l' azione pura, deve rispondere della mora del padre. Al contrario osserva che il creditore, non soddisfatto integralmente per l' esperimento dell' azione di peculio, può rivolgersi per la differenza contro il figlio. O il testo vuol dire in generale che vi è questa possibilità di nuovo esperimento; e allora (prescindendo dai testi e dagli argomenti contrari) dice cosa che nulla ha che vedere con la questione trattata. O vuol dire in particolare che il figlio potrà essere convenuto per rispondere di quegli effetti della mora (ad es., interessi), che non si poterono addossare al padre; e in tal caso, oltre l' assurdità che la obbligazione del figlio risenta le conseguenze della mora paterna, abbiamo l' impossibilità di un' azione rivolta a chiedere gli interessi di mora,

---

[1] La stranezza è confessata dagli stessi bizantini: καὶ σημείωσαι ξένον, dice lo Stefano (*Bas.* Hb., II, 710).

quand'è già pagato il capitale, o un supplemento di *aestimatio* [1]. Il colmo poi della stravaganza si è, che tale *persecutio filii* « in hoc... quod minus a patre actor consecutus est » non appare, dove la mora è del figlio stesso. In questo caso la mora influisce sul contenuto dell'azione, ma il creditore deve decidersi fra il convenire il padre *de peculio* o il figlio con l'azione pura; di ricorsi supplementari non si fa parola, anzi essi appaiono esclusi dal modo, con cui il giureconsulto si esprime *(vel cum ipso in solidum, vel cum patre dumtaxat de peculio)*.

In D. 15, 1, 30, 4 si leggono le celebri parole: « Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest ». Che il testo genuino dovesse dire *non potest*, come il Lusignani e l'Erman sostengono, mi pare sicuro. L'opinione di molti giuristi antichi e moderni, che la consunzione processuale potesse essere limitata fino a concorrenza dell'attuale misura del peculio, trova ostacolo non solo nella struttura della formula, ma anche nel principio notissimo, che il peculio si considera sempre il medesimo nonostante gli avvenuti mutamenti (ad es., fr. 40 pr. h. t.), nonchè nella osservazione che gl'incrementi o i decrementi del peculio fra la contestazione di lite e la sentenza giovano o nuocciono all'attore (vedi fr. 30 pr.). Non vi ha, dunque, rapporto fra la consistenza del peculio in un dato momento e la misura della *deductio in iudicium*, e resta pertanto inesplicabile una consunzione parziale. Come poi si concilia il fr. 30, 4 con la necessità altrove affermata di *rescindere* il *prius iudicium* per ottenere la differenza da un altro passivamente legittimato? Pochi si accontenteranno della spiegazione surriferita dei bizantini, ai quali è facile opporre che, se davvero la misura della *deductio in iudicium*

---

[1] Se il primo punto è ξένον per lo Stefano, il secondo è ancora θαυμασιότερον. Egli non capisce come ἐπὶ τῷ διαφέροντι μόνῳ ἰδιάζον κινεῖται δικαστήριον: cfr. loc. cit. Queste aggiunte sono fatte dai compilatori a caso e sotto l'impressione della fattispecie. Nessuna meraviglia che talora riescano contraddittorie. In altro passo essi rispettano la decisione del giurista (Paolo), che il figlio non senta la conseguenza della *mora patris*, ma danno un'*utilis actio* (!) contro il padre stesso: D. 45, 1, 49 pr.: " at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, *sed utilis actio in patrem danda est* ". Proprio, come si vede, il sistema contrario.

dovesse derivarsi dalla *condemnatio*, in questa seconda ipotesi sarebbe anzi più naturale il limitarla, trattandosi *dumtaxat de peculio, quod penes* N^{um} *est (fuit)*. Anche l'evidente interpolazione in fr. 32, 1 serve di riprova e di questo punto in ispecie e in genere del principio da noi ammesso:

« quare *circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius*, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi, nec retrorsus velut in uno iudicio *ad id tempus conventionem reducere emptoris*, quo venditor conventus sit ».

Si avvertano le frasi in corsivo; si avverta anche l'errore sostanziale di considerare il *tempus quo aliquis est conventus* e non quello della condanna per la determinazione del peculio [1].

Parimenti coi due nominati scrittori è da avere per interpolata la seconda parte del fr. 30, 5: « sed si alia exceptione (sit repulsus a venditore creditor), hactenus subveniri (ei debet), ut deducta ea quantitate, quam a venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur ». Il testo genuino diceva probabilmente: « sed si alia exceptione, *non* subveniri ». Prescindendo dalla temeraria affermazione che un'*alia exceptio* (senza distinguere affatto) possa dar luogo al *subvenire*, si avverta anche l'improprietà di sintassi: *hactenus... ut*. Altre più gravi osservazioni faremo più avanti.

Nel fr. 37, 3 h. t. leggiamo:

« Si actum sit de peculio cum eo, qui usum fructum in servo habet, et minus consecutus sit creditor, non est iniquum ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud

---

[1] La prima parte del § 1 potrebbe essere genuina e riferirsi a qualche caso, in cui il primo giudizio fu rescisso. A questo proposito non è da credere che nell'opera di Ulpiano il § 1 succedesse immediatamente al principio come nelle Pandette! La dottrina, che in un simile giudizio " licet restauretur praecedens ... et augmenti et decessionis rationem haberi oportet ... et ideo ... praesens status peculii spectandus est ", è pienamente logica, e nulla ha che vedere con l'interpolazione del fr. 30, 1, come suppone l'Erman. Anzi, queste parole confermano quanto diremo poi: che, se in qualche caso si rescinde un giudizio (e quindi una formula), il successivo non può essere diretto alla sola differenza, giacchè il primo non può ormai avere effetto: esso viene sostituito dall'attuale (*restauratur praecedens iudicium*).

proprietarium erit, rem consequatur. nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario, an pecuniam mutuam ab eo acceperit. dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis, deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ».

Il Lusignani (1) ha ritenuto (e non a torto) interpolato il frammento, senza addurre però diretti argomenti. Non può sfuggire a nessuno, oltre l'uso impreciso e vago di qualche frase (come un *rem consequi* detto a proposito del creditore), come sia strano l'andamento della prima parte del paragrafo. Dopo avere accennato ad un'azione contro l'usufruttuario già esperita e decisa e susseguita dalla esecuzione (*si actum sit... et... consecutus sit*), si torna a parlare dell'equità che il creditore possa ottenere soddisfazione e sul peculio che è presso l'usufruttuario e su quello che è nelle mani del *dominus*! È difficile lo stabilire quale dovesse essere la pristina configurazione del frammento; forse Giuliano stimava che si dovesse agire o contro il *dominus* o contro l'usufruttuario, a seconda della speciale attinenza della relativa *causa debendi*: la condanna era limitata alla parte rispettiva di peculio. La cosa è abbastanza verosimile, giàcchè troviamo Marcello (l'oppositore quasi perpetuo di Giuliano) sostenere al contrario « fructuarium teneri... et ex omni contractu: eum enim, qui contrahit, totum servi peculium velut patrimonium intuitum »: è quindi lecito convenire anche l'usufruttuario per una *causa debendi*, che non abbia attinenza con la relativa posizione del servo. Chi confronti queste parole (fr. 19, 1 h. t.) con le ultime di Giuliano troverà probabile quella divergenza di vedute, sebbene le seconde siano state scompigliate dai compilatori al punto da riuscire meno intelligibili.

L'opinione da noi attribuita a Giuliano s'incontra con quella di Pomponio a proposito del servo dotale (fr. 19, 1 cit.). Per lui (2), come efficacemente si esprime Ulpiano nel for-

---

(1) Op. cit., p. 28.

(2) Il passo di Pomponio è anche conservato nel fr. 2 h. t.. " Ex ea causa, ex qua soleret servus fructuarius vel usuarius adquirere, in eum, cuius ususfructus vel usus sit, actio dumtaxat de peculio ceteraeque honorariae dantur, ex reliquis in dominum proprietatis ".

mulare il quesito, si trattava proprio di *separare causas, ut et causa debiti, quod petitur, spectetur.* Dopo avere esposto la contraria e surriferita opinione di Marcello, il testo continua così:

« certe illud admittendum omnimodo dicit, ut, priore convento, ad quem [res] respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur: quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur. quod et in duobus bonae fidei emptoribus erit dicendum. *sed in marito melius est dicere, simpliciter eum de peculio teneri.* sin autem maritus huiusmodi servi nomine aliquid praestiterit, an adversus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit? et ait, si id, quod creditori praestitum est, ad utriusque generis peculium pertinebit, pro rata utrique peculio decedere debere. ex quo intellegi potest, si ad alterum peculium contractus pertinebit, modo soli uxori detrahi, modo non detrahi, si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit ».

In questo lungo brano si adduce un temperamento, che Marcello avrebbe apportato alla sua opinione; temperamento in sè poco credibile ed esposto in forma indegna affatto di lui e di Ulpiano. Marcello ha già favorito molto il creditore, concedendogli di far valere le sue ragioni contro il *dominus* o contro l' usufruttuario a sua scelta (dove cioè gli consta essere più largo il peculio); ora verrebbe a dare ancora azione contro colui che non fu convenuto per l' eventuale residuo scoperto. Questo *superfluum* salta fuori, senza che vi sia alcun accenno che la prima azione non abbia condotto ad un resultato integrale; anzi, si parla della prima azione con un mero accenno alla *conventio;* non è neppur detto che siavi stata sentenza! Inoltre per indicare colui, *ad quem res non respicit,* si usa la frase *is cui quaesitum* (che cosa?) *non est:* frase impropria e priva delle necessarie correlazioni. Marcello avrà piuttosto voluto dire il contrario; e cioè che egli ben concedeva l'*electio,* ma che, contestata la lite *(priore convento)*, non era più luogo a rimedi.

Era questa un' opinione molto più benigna di quella degli avversari, che non solo limitavano la condanna alla relativa parte di peculio, ma toglievano anche l' elezione. Ulpiano poi che, come vedremo, seguiva questa più rigorosa opinione, non poteva certo dire *quae sententia probabilior est;* nè devesi credere

che la seguisse Papiniano, il quale parimenti stava per la distinzione delle cause e dei peculii: cfr. fr. 50, 3 h. t. Le parole *sed in marito melius est dicere .... teneri* sono pure interpolate, come, essendo più viva l'evidenza, si ammette da varii. Indi segue il quesito se il marito, convenuto *de peculio* quale *dominus* del servo dotale, possa dedurre il pagato nell'*actio rei uxoriae.* La risposta è riferita in discorso indiretto dipendente dal verbo *ait,* che non ha soggetto e che dal contesto risulta riferito a Marcello. Ma ciò è impossibile, per la chiara contraddizione con la dottrina di questi; deve quindi trattarsi di Pomponio o Papiniano, le cui idee sono quindi accolte anche da Ulpiano. Il marito imputerà o in tutto o in parte al peculio da restituire l'*id quod creditori praestitum est,* se la *causa debendi* a tale peculio in tutto o in parte si riferisca; non l'imputerà per niente, se tale relazione non vi sia. Si avverta bene come manchi precisamente quello che, se la *probabilior sententia* fosse genuina, non potrebbe mancare in modo veruno, e cioè che il marito potrebbe *detrahere* dal peculio da restituire anche se si trattasse di un debito che non avesse causa ad esso relativa, ma eccedesse la misura del peculio rimanente e avesse quindi, almeno per il *superfluum,* affettato anche il primo; o, viceversa, dovrebbe sopportare una parziale detrazione del peculio *quod apud eum resedit* nella reciproca evenienza.

Arriviamo così al fr. 47, 3 h. t., che, come abbiamo notato, è il principale fondamento della dottrina ultimamente esposta dall'Erman. Sarebbe stato desiderabile che su di esso il Lusignani si fosse soffermato più di proposito, trattandosi di un passo, il giudizio intorno al quale è decisivo per l'argomento che ora ci occupa. Ecco il testo:

« Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur ».

L'Erman ritiene il passo genuino, ed è doveroso il confessare che criterii formali di qualche momento, che si pos-

sano addurre in contrario, non esistono [1]. Proculo avrebbe negato all' attore il diritto di dividere l' azione *re integra*; avrebbe in compenso accordato all' attore non soddisfatto una *restitutio in integrum ex mente edicti* per abilitarlo a intentare una nuova azione contro l' altro passivamente legittimato.

Ma questa interpretazione, a mio avviso, incontra difficoltà troppo gravi. Anzitutto non si vede perchè Proculo dovesse negare in via di massima il diritto di *dividere actionem* e di convenire *pro parte* tutti quelli, che dovevano rispondere *de peculio;* mentre un simile trattamento è pienamente consono al sistema romano (si ricordino, anzi, le regole delle obbligazioni correali) [2] ed è quello che più facilmente può condurre l' attore all' intento e far sentire con maggior equità il peso della condanna. Non è serio il dire che ciò non si voleva ammettere, per non moltiplicare senza ragione le liti. Non è serio, prima di tutto perchè questo sarebbe stato un argomento per il pretore, che avrebbe potuto impedire la *divisio actionis* con una clausola edittale, ma non per un giurista, il quale non può e non deve occuparsi di tali cose e non avrebbe il diritto di negare per simili considerazioni un' azione. Ora il *minus intendere* è lecito a chiunque, che così può salvare per il rimanente la sua azione contro lo stesso o altri passivamente legittimati, tutt' al più attendendo che sia cambiato il pretore. Un simile diritto non può essere tolto o negato da un giureconsulto per ragioni di opportunità. In secondo luogo, non è vero che col sistema attribuito a Proculo si verrebbero a diminuire le liti: intanto è strano esporsi al rischio di rescindere anche la cosa giudicata per concedere irregolarmente un' azione, che non si è voluto dare a tempo e modo normali; poi non si pensa che con la *divisio actionum* si evita l' occasione di ulteriori liti per eventuali regressi etc.?

Ma vi ha di più. Può lo stesso pretore rescindere con tanta facilità una sentenza e istituire un nuovo giudizio? La *restitutio in integrum* non può essere data che per cause ben determinate, delle quali nessuna qui appare applicabile. Non si può infatti, dato il modo con cui il caso è esposto nel testo,

---

[1] Il più grave è *competere... utile iudicium*.

[2] " ... partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est, quemadmodum et a reo et fideiussore petere possumus „: D. 45, 2, 3, 1.

pensare neppure ad una *causa erroris:* del resto la *restitutio ex capite erroris* non aveva applicazione che in pochi casi (*plus petitio*, inserzione od omissione di eccezione, iniqua *condemnatio*) e in questi pure talvolta solamente per *quaedam causae* (Gai. 4, 53) [1], la cui conoscenza ci sfugge, ignorando noi le relative disposizioni edittali [2]. L' Erman pensa alla cosiddetta

[1] Queste non si leggono nel Digesto perchè avevano una stretta attinenza con la composizione della formula.

[2] Io non so immaginare altra possibile forma di rescissione che questa: cassazione della prima formola e concessione di una nuova con l'opportuno avvertimento *(fictio)*, " *si ea res in iudicium deducta (iudicata) non esset* ". Non so ben comprendere quello che intende il Pokrowsky, dove parla di restituzione che si attua con *replicatio* da opporre all' eccezione. Ad ogni modo, una simile *restitutio* non si presta al caso, che stiamo studiando, come appare dalle osservazioni fatte nel testo e nelle note. I testi da lui addotti (D. 12, 2, 9, 4; C. 2, 31 (32), 2) non si riferiscono a restituzioni *adversus formulam!* Nel primo si esamina il caso di un minore che si è danneggiato con la delazione del giuramento. Il pretore di regola *(plerumque)* deve esaminare il fatto e, se trova che il minore *captus est,* deve restituirlo *in integrum* nell' unico modo possibile, trattandolo cioè come se la delazione del giuramento non fosse avvenuta, e quindi negando all'avversario l' *exceptio iurisiurandi.* In casi particolari tale esame può essere deferito al giudice mediante l' inserzione di una *replicatio;* il giurista evita allora di parlare di *restitutio,* poichè formalmente si rientra nell' ordinaria cognizione. Nel secondo testo si suppone che *in persona minorum* sia stata chiesta la restituzione contro una transazione; praticamente tale restituzione si opera con il negare l' inserzione, nella formula loro spettante, dell'eccezione di patto. Giustizia vuole che in simil modo si aiuti l'altra parte, che è intervenuta nella transazione. Se questa parte avesse dato qualche cosa, la potrebbe certo ripetere; altrimenti essa pure ha diritto o alla restituzione del credito originario che fosse estinto (per accettilazione?) o all' inserzione di una replica *(doli)* contro l' *exceptio pacti.* Da questo testo non si può ricavare altra conseguenza fuorchè questa, che conferma le cose dette nel testo: che restituita *in integrum* una parte, in quanto si considera non avvenuto l' atto a cui essa ha partecipato, devonsi di conseguenza sollevare dagli effetti relativi le altre parti. Il testo, che fa una ipotesi più vicina a quelle, che stiamo studiando, è D. 4, 3, 25. L' attore per falsi raggiri del convenuto, che lo ha persuaso di aver pagato al suo servo o *procurator* (per es., con l' esibizione di false quietanze), permette la sua assoluzione e poi si accorge dell' inganno patito. Non è il caso, dice il testo, di esperire un' *actio doli:* egli può agire *ex integro* e ribattere l' eccezione di *res iudicata* con una *replicatio.* Ma qui non vi è parola di *restitutio in integrum.* Se il giudizio precedente fosse tale da addurre consumazione *ipso iure,* l'attore ingannato, che ha permesso l' assoluzione, non avrebbe altro rimedio che l' azione di dolo;

clausula generalis, di cui difende contro il Lusignani la classicità; ma, se il Lusignani ha avuto torto nel mettere in dubbio l'esistenza di quella clausola dell'editto, l'Erman non ha minore torto nell'intenderla, contro le stesse evidenti spiegazioni che ne danno i testi (che dimostrano chiaramente trattarsi di qualunque *alia causa absentiae* ben giustificata) (¹), proprio come una illimitata facoltà di restituzione, che avrebbe tolto ogni sicurezza nelle relazioni giuridiche. Che la clausola non sia congiunta nella dicitura con l'altra che espone singole ragioni di assenza, si spiega pensando che essa fu aggiunta posteriormente da qualche pretore, che non ha trovato esauriente quella enumerazione. Si noti da ultimo che, ammettendo tutto quello che l'Erman vuole, non si arriverebbe allo scopo. Il pretore per restituire *in integrum* l'attore deve rescindere, non la sentenza, che non è in suo potere di rescindere, ma la formula, su cui quella si basa (²): anche nel frammento nostro si parla, del resto, di *rescisso superiore iudicio*, e *iudicium* sta notoriamente nella compilazione giustinianea in luogo di *formula* dei testi genuini. Ne deriva che in seguito alla *restitutio* vien meno ogni forza della precedente sentenza: se il convenuto nel giudizio rescisso ha pagato qualche cosa, potrà sicuramente ripetere il pagato; ed è, così, assolutamente impossibile quel risultato, che i compilatori e l'Erman vogliono far raggiungere all'attore, di tenere quello che ha avuto e chiedere il rimanente.

Dunque possiamo conchiudere che la decisione di Proculo non può essere senz'altro quella che leggiamo nelle Pandette. Quale fosse la forma genuina di essa, sarebbe temerario il voler determinare in modo preciso. Probabile mi pare che Proculo non ammettesse che si potessero intentare cumulativa-

---

se invece il giudizio anteriore ha dato luogo solo all'eccezione, questa si potrà ribattere con la *replicatio;* delle due, questa seconda via è qui da scegliere, perchè risparmia l'infamia al convenuto. Probabilmente il testo genuino diceva: " *placuit* ⟨*si iudicio quod imperio continetur actum sit*⟩ *de dolo actionem non dari* ".

(¹) Cfr. già i vecchi citati in Glueck, *Ausf. Erl.*, 4, § 471, n. 66; 70. Fra i pandettisti vedi, ad es., Keller, *Pand.*, 1, § 107.

(²) In Gaio non si parla che di *restitutio* rispetto alla formula: si restituisce per correggere l'*intentio* (4, 53), *ut minuatur condemnatio* (4, 57), *adiciendae exceptionis gratia* (4, 125).

mente e l'*actio annalis* contro il venditore e l'azione ordinaria contro il compratore, trovando qualche repugnanza forse nelle stesse parole delle due formule.

In tale ipotesi l'attore potrebbe facilmente errare a chiamare in giudizio colui, che o non ha peculio (v. fr. 32, 2; 33; 34 h. t.), od ha presso di sè un esiguo peculio, che non basta a soddisfare l'attore. Può in tal caso l'attore chiedere una *restitutio in integrum* (ove almeno occorra una delle *causae*, che il pretore stima sufficienti per restituire l'attore contro l'errata scelta della formula) e intentare la formula contro l'altro prima non convenuto. Naturalmente con ciò viene posto nel nulla il primo giudizio e l'attore niente può chiedere in base alla sentenza, che sia stata pronunciata, e deve anzi restituire quello che avesse per avventura riscosso; ma può esperire di nuovo la propria pretesa contro colui *penes quem est maius peculium*. Una simile restituzione non è certo più strana di quella accordata all'attore, che ha lasciato inserire in certi casi una eccezione dilatoria (D. 44, 7, 15), o che è stato respinto nell'*actio annalis* intentata per errore (D. 15, 2, 1, 10) invece di quella *de peculio*, ovvero (eccezionalmente) che ha errato nella misura dell'*intentio* (1).

La prima parte, poi, del passo non arreca difficoltà, poichè, dicendo che il creditore ha conseguito parte del credito del compratore, non vuol dire che l'abbia conseguito *ope sententiae*. Anzi è naturale che Proculo, il quale negava il cumulo dell'*actio annalis* e dell'azione ordinaria, dicesse non essere però vietato che chi aveva ricevuto un pagamento parziale dal compratore potesse poi intentare la prima. In questa prima parte del paragrafo io non troverei nulla da sostituire, tranne che *annalem formulam* a *utile iudicium* (2):

« Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem *annalem formulam* Proculus ait ».

---

(1) Proculo quindi avrebbe, probabilmente per tali analogie, propugnato una eccezione alla massima che il pretore non restituisce *in integrum* per gli errori in meno nella *condemnatio* (Gai. 4, 57), a cui praticamente equivale l'*electio eius, penes quem minus est peculium*.

(2) I compilatori volevano evidentemente chiarire il *iudicium* interpolato nel fr. 32 pr. Cfr. Steph. ad fr. 11, 8 (*Suppl.* Zach., p. 215).

Per il resto dò un saggio di restituzione, senza attribuire alcun valore alle parole, ma solo per mostrare come io mi raffiguro a un dipresso che fosse la decisione di Proculo:

« Sed re integra (¹) non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur; satis enim esse ⟨*si iusta fuerit causa erroris*⟩ hoc solum ei tribui, ut, rescissa superiore *formula*, in alterum detur ei actio, cum, electo *altero*, ⟨*nihil vel*⟩ minus esset consecutus » (²).

Il risultato delle mie ricerche conviene dunque in sostanza con quello delle ricerche di Lusignani, pur essendo in gran parte diverso il metodo e diverso l' apprezzamento di testi fondamentali. L' Erman, di cui io non voglio disconoscere l' importantissimo contributo recato agli studi nostri, s' è mostrato troppo severo col giovane romanista italiano, e nel suo recente articolo, che pur contiene buone avvertenze, non ha fatto progredire la soluzione del problema. Il pretore romano, come se lo raffigura il Lusignani (e come in sostanza lo intendo io), pare a lui un pretore di legno; egli vuole un pretore vivo, pieno di ardimenti, che fa e disfa, rescinde le azioni, le nega prima e le concede poi, non rispetta nè formule nè cose giudicate pur di attuare le esigenze dell' equità. Ma il pretore, che io mi rappresento, che procede cauto e osserva le logiche conseguenze degli atti e delle formule, che nel suo editto dice quello che crede di poter fare e del resto determina i limiti della sua azione (pur riserbandosi di procedere, dove l' editto tace, secondo l' analogia dei casi affini), è il pretore che appare dal libro quarto di Gaio, ed è quello che occorre perchè non sia messa a repentaglio ogni sicurezza e resa impossibile ogni previsione. Grandi incovenienti poi non potevano derivare da questa ferma e rigida amministrazione della giustizia.

(¹) Cioè: se non è avvenuto nessun pagamento.

(²) *consecuturus?*

Die processualische Consumption der “ actio de peculio „ (*).

Neuerdings hat man über diese Frage lebhaft gestritten. Pokrowsky und Erman haben in dieser Zeitschrift selbst darüber wiederholt geschrieben und polemisirt; ein junger und tüchtiger italienischer Romanist, Lusignani, hat eine besondere Abhandlung herausgegeben: *La consumazione processuale dell' actio de peculio* (1). Im *Archivio giuridico* habe ich selbst den Hauptpunkt der Lusignanischen These mit neuen Beweisgründen gegen Erman vertheidigt (2): es sei mir nun gestattet nochmals darauf zurückzukommen, um Manches zu berichtigen und nachzuholen.

Den heutigen Stand der Frage kann man als genügend bekannt voraussetzen: ich wende mich daher gleich zu der exegetischen Controverse.

Wer die Grundsätze des römischen Formularprocesses festhält und den Bau der s. g. adjecticischen Klage sich vergegenwärtigt, der wird, wenn er von allen Quellenzeugnissen absieht, gewiss als selbstverständlich erachten, dass die Litiscontestation der *actio de peculio* die Klage selbst und die entsprechende *actio directa* vollständig consumire. Das ist nur eine Folge der *intentio*: « ἡ .... de peculio .... διὰ τῆς ἰντεντίονος

(*) [In *Ztschr. der Sav.-St.*, R. A., 21, 1900, pp. 190-199].

(1) Parma, 1899. Vgl. ERMAN, in dieser *Zeitschrift*, 20, 1899, S. 263 ff.

(2) Bd. LXIV, S. 78 ff. [= *supra*, 287 sgg.].

πᾶσαν τὴν ἀγωγήν, ἤτοι ὅλον τὸ χρέος εἰς τὸ δικαστήριον καταφέρει » (1). Wenn nun Stephanos selbst diese consumirende Wirkung der *intentio* (im Grunde ähnlich wie Lenel) als eine durch die Begrenzung der *condemnatio* beschränkte ansieht, so ist dies nur ein exegetischer Nothbehelf, um widersprechende Texte zu vereinigen: mit den Grundsätzen des klassischen Processes ist seine Lehre unverträglich.

Die entgegengesetzte Meinung hat Pokrowsky vertheidigt: durch die Anstellung der *actio de peculio* tritt keine *ipso iure* wirkende Consumption ein; es hängt von den Umständen ab, ob eine *exceptio rei iudicatae* platzgreifen soll. Darin hat er sogar ein Hauptargument für seine Theorie der *actio in factum* gefunden.

Es ist nicht meine Aufgabe, diese Lehre in ihrem Zusammenhange zu bekämpfen; m. E. hat Erman in seiner eingehenden Kritik vollkommen Recht. Hier kann ich mich nur mit diesem besondern Punkte beschäftigen.

Die scheinbar für die Pokrowsky'sche Meinung sprechenden Quellentexte werden nachher erörtert werden. Daneben beruft sich P. auf den Grundsatz, dass die Bürgen des Sclaven durch die gegen den Herrn angestellte *actio de peculio* nicht befreit werden; D. 44, 2, 21, 4: « si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, *excipiendum est de re iudicata* »; vgl. D. 46, 3, 84: « egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit », und fr. 38, 2 ibid.: « de peculio cum domino actum est: is *damnatus solvit.* et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit ». Eine Meinungsverschiedenheit zwischen den römischen Juristen anzunehmen, haben wir überhaupt kein Recht; der erste Text geht offenbar auf ein absolutorisches Urtheil. Und alle Stellen beziehen sich ausdrücklich nur auf die Bürgen des Sclaven, nicht auf diejenigen des Hauskindes; und das hat gewiss seinen guten Grund. In meinem oben citirten Aufsatze hatte ich die Meinung ausgesprochen, dass der Bürge des Sclaven überhaupt nur ein *fideiussor indemnitatis* sein könne. Und daran halte ich noch im Wesentlichen fest. Der Sclave konnte sich nicht wie der

---

(1) Stephanos in *Suppl. Basilicorum*, p. 228.

filiusfamilias *civiliter* verbinden; hätte ein Bürge *idem quod Stichus servus debet* promittirt, so hätte er sich in keiner Weise verpflichtet (1). Die am nächsten liegende Fassung der betreffenden Stipulation ist wohl die folgende: « quod minus a Sticho consecutus fuero, id mihi dare spondes? ». Eine andere Fassung wäre thatsächlich auf dasselbe hinausgekommen. Die vom s. g. *fideiussor indemnitatis* handelnden Texte stimmen mit den auf den *fideiussor servi* sich beziehenden vollkommen überein: vgl. D. 12, 1, 42 pr. 46, 3, 21. 45, 1, 116. Es wird uns gesagt, dass hier die *causa* der Verbindlichkeit des Bürgen eine andere sei, als die *causa* der *naturalis obligatio* des Sclaven: die Zahlung geschieht hier *in plures causas*, D. 46, 1, 21, 2. Das ist völlig verständlich, wenn man den Bürgen als selbständig verpflichtet ansieht, was « der Sclave zu wenig zahlt » zu ersetzen. So wird auch begreiflich, dass, wenn der freigelassene Sclave Erbe seines Bürgen wird, *durare causam fideiussionis putavit (Iulianus)*, D. 46, 1, 21, 2: « nec his contrarium esse, quod, cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria actio tollatur »; es hat eben mit dem Falle seine eigene Bewandtniss. So wird es endlich klar, warum es die römischen Juristen nothwendig finden, wiederholt zu betonen, dass die Zahlung der *naturalis obligatio servi* auch dem Bürgen zu Gute kommt (D. 46, 3, 38, 2; 84); das ist ihnen nicht so selbstverständlich, wie es uns scheinen möchte. Die *naturalis obligatio* ist hier nur die Voraussetzung einer an und für sich unabhängigen *civilis obligatio*.

Die Consumptionswirkung bewährt sich bei allen s. g. adjecticischen Klagen; *magister* und *exercitor* werden gleich wie Correalschuldner behandelt: « est.... nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus » (D. 14, 1, 1, 17); « haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur (man bemerke den Grund, der auch für die übrigen s. g. adjecticischen Klagen gleichmässig gilt), et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest » (fr. 1, 24 ib.). Wer die *actio de peculio* angestellt hat, der kann nicht mehr die *actio quod iussu* (also offenbar auch nicht die *actio directa*) anstellen,

---

(1) Und umgekehrt hat die Stipulation des Sclaven keine novirende, ja sogar keine consumirende Kraft: Gai. 3, 176. Der Grundgedanke ist wohl derselbe.

D. 14, 5, 4, 5. Die *actio tributoria* wird durch die *actio de peculio* consumirt und umgekehrt; das ist besonders wichtig, weil die tributorische Klage wesentlich nur eine partielle (ohne *privilegium domini*) *actio de peculio* ist (1): vgl. D. 14, 4, 9, 1: « eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum ». So wird ganz consequent bezeugt: « de peculio actione peremi de in rem verso actionem » (D. 15, 3, 1, 2); es handelt sich um dieselbe Klage mit zweifacher condemnatio (I. 4, 7, 4 u. s. w.). Ueberhaupt spricht man von der Wahlbefugniss des Klägers wie bei den Correalobligationen; vgl. die oben angeführten Stellen, D. 15, 1, 50, 3 u. a. m.

Die regelmässige Wirkung der Litiscontestation wird in einem bestimmten und deutlichen Texte ausgesprochen, D. 15, 1, 32 pr.:

« Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii (2), quod penes se habet qui convenitur, condemnetur: idque ita Iulianus scripsit. idemque est et si in alterius rem fuerit versum. sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat ».

Darauf folgt ein ganz widersprechender Satz, den Lusignani mit richtigem Tacte als interpolirt erkannt hat; ihm stimmt jetzt auch Erman bei, welcher aber in den daraus zu ziehenden Folgerungen stark von ihm abweicht:

« sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit universum peculium eius, quod ubicumque est, veluti patrimonium intuetur ».

Eine Interpolation in dieser Richtung ist schon *a priori*

---

(1) D. 14, 4, 1 pr.; 5, 7 e 11.
(2) *Peculio* möchte ich vermuthen.

sehr wahrscheinlich. Wie bei der Bürgschaft, so auch bei den Correalobligationen und bei der Mehrheit der *de eadem re* zustehenden Klagen hat das justinianische Recht die processualische Consumption beseitigt; die alte Behandlung der (noxalen und directen) Klagen *ex servorum delictis* ist in gleicher Weise abgeändert worden. Wie hätte sich hier die formelle Consumption erhalten können? Die abgeschriebenen Zeilen sind nicht zu schlimm gefasst (1); an Kennzeichen der Interpolation fehlt es doch keineswegs. Die ganze Gestalt der Stelle spricht dafür. Ulpian sagt ganz bestimmt, hier sei die Wiederholung der Klage unmöglich; er beruft sich auf Iulian und zieht sogar weitere Folgen. Wie sonderbar klingt es nun, wenn derselbe Jurist gleich nachher hinzufügt: « jedenfalls müssen wir aus Billigkeitsgründen die Klage nochmals gestatten » u. s. w.! Der Gegensatz zwischen *ius* und *aequitas* ist schon an sich sehr bezeichnend: er kehrt auch in anderen interpolirten Stellen wieder (*aequitas dictat* gehört zu den von den Byzantinern geliebten Personificirungen). Vgl. z. B. D. 39, 3, 2, 5 « haec (ebenso *de mauvais goût* wie hier *hoc*) aequitas suggerit, etsi iure deficiamur ». In dieser Stelle ist übrigens die Interpolation so gut wie eingestanden (§ 6: « sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus »). Aus fr. 32, 1 wird in ähnlicher Weise die vorangehende Interpolation errathen: « quare circa venditorem quoque et emptorem *hoc nobis videtur verius*, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi » u. s. w. Es geht mit den Interpolationen wie mit den Lügen: sie haben kurze Beine (2).

Es kann nun kaum zweifelhaft sein, dass auch das berühmte D. 15, 1, 30, 4 interpolirt ist: « Is qui semel de peculio egit rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest ». *Non potest* hiess es wohl ursprünglich. Die processualische Consumption steht nämlich mit dem Bestande des *peculium* in keinem Verhältnisse; nicht die Zeit der Litiscontestation sondern diejenige des Urtheils kommt in Betracht: die Klage ist,

---

(1) Der Schluss ist aus fr. 19, 1 hergeholt, wo aber etwas Verschiedenes gemeint wird.

(2) In welchem Zusammenhange der (scheinbar echte) erste Theil des § 1 ursprünglich gestanden hat, können wir nicht ermitteln.

wie bekannt, begründet, auch venn es zur Zeit gar nichts *in peculio* giebt (1).

Handgreiflich ist m. E. die Interpolation auch in D. 22, 1, 32, 3. Dass die *mora patris* den Inhalt der adjecticischen Klage nicht ändern kann, ist offenbar richtig (die *intentio* ist *ex persona filii*): also, wenn der Vater « dumtaxat *(de peculio)* convenietur, ex mora sua non tenetur ». Ist aber der Sohn in Verzug gefallen, so wird es ganz logisch gesagt dass der Kläger « vel cum ipso (filio) in solidum, vel cum patre dumtaxat de peculio (actionem) habebit ». Für den Fall aber, dass der Hausvater in Verzug gerathen ist, fügt die Stelle hinzu: « in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet ». Warum soll hier das Hauskind für die *mora patris* büssen? Ξένον ist es auch wirklich, wie Stephanos (2) bemerkt, dass hier in Widerspruch gegen die übrigen Stellen (die nur die Wahl zwischen der directen und der adjecticischen Klage einräumen) beide Klagen nacheinander gegeben werden; noch θαυμασιότερον ist es, wie derselbe Stephanos hinzufügt, dass die zweite Klage nur der Wirkungen des Verzuges wegen (Zinsen u. s. w.) als zustehend anerkannt wird. Anderswo haben die Compilatoren unter derselben Voraussetzung eine *actio utilis* gegen den Vater hineininterpolirt: D. 45, 1, 49 pr.

In D. 15, 1, 37, 3 lesen wir folgende Entscheidung:

« Si actum sit de peculio cum eo, qui usumfructum in servo habet, et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur..... dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet ».

Das fr. 37 rührt von Julian her. Die hier ausgesprochene Meinung steht aber mit der uns aus fr. 32 pr. h. t. bekannten

---

(1) Wenn man nun in fr. 32, 1 cit. liest: " nec retrorsus *velut in uno iudicio ad id tempus* conventionem reducere emptoris, *quo venditor conventus est* ", so ist dies ein grober Irrthum und ein neuer Beweis der (auch sonst genug ersichtlichen) Interpolation; niemals bei der Peculienklage ist die Zeit zu berücksichtigen, wann Jemand *conventus est.*

(2) *Basil.*, II, 710.

julianischen Lehre in schroffem Gegensatze. Im Anfange der Stelle wird es gesagt, dass die Klage gegen den Niessbraucher schon durchgeführt, dass sogar das Urtheil schon vollbracht worden sei und dass der Gläubiger weniger als ihm geschuldet erhalten habe; nachher spricht man von einem noch bei dem Niessbraucher bestehenden *peculium!* Wo eine Lücke mit Pünktchen angezeigt ist, liest man jetzt im Digeste folgende Worte, die mit dem sonstigen Inhalte des Textes in keinem ersichtlichen Zusammenhange stehen: « nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario, an pecuniam mutuam ab eo acceperit ». Es kann nach Alledem kaum zweifelhaft sein (vgl. auch *rem consequi* u. a. m.), dass die Stelle, die wahrscheinlich ursprünglich nur von dem Unterschiede zwischen den *causae debendi* und den bezüglichen Peculienmassen sprach, stark abgeändert worden ist.

Julian's Meinung war es vermuthlich, dass je nach der Beziehung der *causa debendi* entweder der Eigenthümer oder der Niessbraucher in Anspruch zu nehmen sei. Dies war die Lehre des Pomponius; dass dem Kläger dagegen immer die freie Wahl zustehe, wird von Ulpian erst auf die Auctorität des Marcellus zurückgeführt: « Marcellus etiam fructuarium teneri scribit et ex omni contractu: eum enim qui contrahit totum servi peculium velut patrimonium intuitum » (fr. 19, 1 h. t.). In dieser letzten Stelle sind aber folgende Worte sicher geändert worden: « certe illud admittendum omnimodo dicit, ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur ». Hätte wirklich Marcellus *certe* (wenigstens) gesagt, wenn er nicht nur die Wahl zwischen beiden Klagen, sondern unter Umständen ihre cumulative Ausübung hätte gestatten wollen? *Cui quaesitum est* steht ohne die nothwendigen Beziehungen. Zuerst spricht man nur von *convenire:* von einem Erfolge der Klage, ja sogar von seinem Ende wird kein Wort gesagt; wo kommt nun das *superfluum* her? Ich glaube nicht den Vorwurf der Kühnheit zu verdienen, wenn ich meine, dass im echten Texte geradezu das Gegentheil gestanden hat.

Nach der Ansicht von Erman (in seiner Kritik des Lusignanischen Aufsatzes) hat Julian in fr. 32 pr. cit. die Wiederholung der Klage als unstatthaft bezeichnet, weil er dem Kläger vom Anfange an die *actio* zu theilen erlaubt (fr. 27,

3–8 h. t.: vgl. fr. 14 pr., 1 ib.). Hat er die Theilung nicht vorgenommen und gegen den Einen die ganze Klage angestellt, und ist daher zu kurz gekommen, so verdient er keine Rücksicht: er ist selbst schuld. Die Theilung der Klage wurde dagegen (so meint Erman) von anderen Juristen gemissbilligt: der Kläger war genöthigt gegen den einen oder den anderen Peculieninhaber seinen ganzen Anspruch geltend zu machen; hätte er daher zu wenig bekommen, so schien es der Billigkeit gemäss, das erste Urtheil aufzuheben und eine neue Klage zu gewähren. Dafür stützt sich Erman hauptsächlich auf fr. 47, 3 h. t.:

« Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait: sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur ».

Die Lehre von Erman (so scharfsinnig sie auch von ihrem Urheber durchgeführt worden ist) ist m. E. nicht haltbar. Dass überhaupt die römischen Juristen, wo eine Klage gegen Mehrere zusteht, es verbieten könnten, diese zu theilen und von jedem Einzelnen einen Theil zu fordern, ist durchaus unwahrscheinlich. Die Theilforderung ist für die Correalobligationen und für das Bürgschaftsverhältniss zulässig (D. 45, 2, 3, 1). Jedermann kann sonst seine Klage theilen, wenn die *intentio certa* ist (anderenfalls kann er zu demselben Zwecke die Präscriptionen anwenden); die *exceptio litis dividuae* hat nur beschränkte Geltung. Jedenfalls greift diese Einrede platz nur wo der Beklagte derselbe ist. Erklärt hier Proculus die Theilung der Klage für unzulässig, so hängt seine Entscheidung gewiss vom Verhältnisse zwischen *actio pura* und *actio annalis* ab; er wird in den betreffenden Formeln irgend einen Grund für die Unmöglichkeit ihrer cumulativen Ausübung zu finden gemeint haben.

Die Stelle ist hiernach so zu erklären. Hat der Gläubiger vom Käufer einen Theil erhalten (dass ein Streit vorangegangen ist, wird nicht gesagt und ist nicht anzunehmen), so kann er vom Verkäufer das Uebrige fordern; *utile iudicium* steht hier

statt der ursprünglichen Wendung *annalem formulam;* die Compilatoren wollten eben das *utile iudicium* der oben angeführten und interpolirten Stellen beleuchten. *Re integra* (d. h. wenn noch keine Theilzahlung stattgefunden hat) ist nicht zulässig, die Klage zu theilen (1); irrt der Gläubiger sich und nimmt denjenigen in Anspruch, bei dem der mindere Theil des *peculium* sich befindet, so giebt es kein Hilfsmittel für ihn, wenn nicht die allgemeinen Grundsätze der *restitutio in integrum* die schon gegebene Formel zu beseitigen gestatten. Eine allgemeine *restitutio ex capite erroris* ist nicht anerkannt worden; die Fälle, wo die Formel eines Irrthums wegen revocirt wird, sind anderer Art (2). Wählt der Kläger denjenigen, *penes quem minus est peculii,* so ist dies wesentlich ein *error in condemnatione* zu seinem Schaden, wogegen überhaupt keine Wiederherstellung gewährt wird. Der echte Text wird sehr wahrscheinlich von der *restitutio ex capite doli* gesprochen haben. So kann man aus der ganz analogen Entscheidung in D. 14, 5, 4, 5 folgern, wo ebenfalls Proculus genannt wird:

« Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si *deceptus* de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei ».

Deceptus kann hier nur von dem arglistig Betrogenen verstanden werden, da die Anstellung der *actio de peculio* statt der *actio quod iussu* überhaupt nur aus Irrthum geschehen sein kann. Dies war schon die alte berytische Exegese (über die *libri ad edictum* des Ulpians) (3), von der Stephanos berichtet (4):

τῷ μὲν deceptus ἔχει [ὁμοίως τὸ c]ircumscriptus.

---

(1) Einen ähnlichen Gegensatz siehe in D. 14, 1, 1, 24.

(2) Gai. 4, 53; 57; 125. In D. 15, 2, 1, 10 ist dem Kläger wegen der irrthümlich eingeschobenen *exceptio* die *restitutio* gewährt.

(3) Das ist aus der Gestalt und aus dem Inhalte des Scholion ersichtlich. Auch in D. 11, 1, 18 handelt es sich um einem betrogenen Kläger: *Proculus respondit rescisso iudicio posse agi.*

(4) *Suppl. Basil.*, p. 193.

Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano (*).

È questo uno dei punti più difficili e disputati di tutto quanto il diritto romano. Le fonti sono scarse e pur nei frammenti conservatici oscure; poichè le disposizioni edittali non avevano più intera e immediata applicazione al tempo di Giustiniano ed i compilatori sacrificarono per conseguenza molte notizie e molte osservazioni, che ci avrebbero tolto d'imbarazzo nel nostro lavoro di ricostruzione. Le Istituzioni giustinianee (4, 6, 6) discorrono di un' *actio in rem*, con cui si rescindono gli atti compiuti dal debitore in frode dei loro creditori: nel titolo dei Digesti *Quae in fraudem creditorum* (42, 8) si riportano due editti, che qui giova riprodurre:

fr. 1 pr. h. t., Ulp. 61 *ad Edictum*:

« Ait praetor: ' Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo ' ».

fr. 10 pr. h. t., Ulp. 73 *ad Edictum*:

« Ait praetor: 'Quae Lucius Titius fraudandi causa, sciente te, in bonis quibus de [ea re] agitur, fecit: ea illis, si eo nomine,

(*) [In *Filangieri*, XII, 1887, 1, pp. 27-42].

quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam ' ».

Qual è il rapporto fra questi vari rimedi, di cui parlano le fonti? Se, nella molteplicità di tentativi e di opinioni, si può parlare veramente di teoria dominante in questa intricata materia, sembra che la maggioranza degli scrittori inclini oggidì a ritenere:

a) che il rimedio di cui fa parola Inst. 4, 6, 6 e quello, a cui si riferisce il primo editto, sieno la stessa identica azione;

b) che fra questa e l' interdetto (fraudatorio), a cui il secondo editto si riferisce, non corra che una differenza processuale: del resto l' uno e l' altro rimedio si esperirebbe allo stesso scopo e negli stessi casi.

L' azione *in factum* poi, di cui i frammenti dei Digesti fanno menzione [1], sarebbe lo storico svolgimento dell' interdetto fraudatorio.

Una teoria nuova, contraria alle precedenti e segnatamente contraria a questa *communis opinio*, è stata proposta da un giovane e valoroso romanista, il prof. Enrico Serafini [2]. Secondo questo autore è bensì vero che Inst. 4, 6, 6 si riferisce allo stesso rimedio, di cui fa parola il primo editto, ma già la Parafrasi greca ad h. l. avrebbe fatto una confusione tra esso e quello proposto nell'editto secondo. Inoltre, fra l'azione proposta nel primo editto e l' interdetto fraudatorio non correrebbero solamente differenze processuali. Il primo rimedio non potrebbe esperirsi che dal curatore della massa (o dai creditori, secondo la norma che poi diremo) per rescindere gli atti fraudolenti compiuti dal debitore durante la *missio in bona*, allo scopo di far rientrare le cose alienate nella massa concorsuale. Invece l' interdetto non potrebbe esperirsi che dopo la *venditio bonorum* dai creditori rimasti insoddisfatti, contro le alienazioni fraudolente compiute prima o dopo la *missio in bona*. L' *actio in factum* sarebbe lo storico svolgimento di questo interdetto ed

---

[1] Cfr. D. 42, 8, 10, 2; 10, 3; 10, 16; 10, 18.

[2] *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, vol. I, Pisa, 1887.

essa sarebbe la vera azione pauliana; non quella che scende dal primo editto come, ingannati dalla fallace autorità dello Pseudo-Teofilo, tutti i romanisti vanno affermando.

La nuova dottrina è sostenuta molto ingegnosamente dal suo autore, che, ravvicinando testi e notizie, ha saputo presentare la sua tesi in modo veramente *séduisant*. Ma vince questa teoria ogni difficoltà ed ogni obbiezione? Concilia in modo probabile e plausibile i testi? Si accorda con tutto quanto su questo argomento ci fu tramandato?

È quanto dobbiamo in quest' articolo brevemente indagare.

L' argomento più forte per il Serafini è quello che l' editto primo dà anzitutto azione al *curator bonorum*. Ora, egli dice, è noto come le funzioni di questo cessassero con la nomina del *magister*, che, fatte le rituali *proscriptiones*, doveva procedere alla *venditio bonorum*. È quindi naturale che l' azione si dovesse concedere per le fraudolente alienazioni compiute durante l' immissione dei creditori nei beni dell' insolvente debitore e non più per quelle compiute più tardi, quando il *curator* non era più in carica. E nemmeno doveva tale azione estendersi a colpire quegli atti che in frode dei creditori avesse il debitore perpetrati prima della *missio in bona*. Chè in quel tempo il debitore non aveva il dovere specifico di nulla sottrarre alla massa concorsuale, in cui i creditori non erano stati ancora immessi dal magistrato, e per conseguenza gli atti suoi non si potevan revocare che dopo provato l' *eventus damni*, il quale, come dice appunto Ulpiano (fr. 10, 1 h. t.) commentando il secondo editto, non si sarebbe accertato che terminata la *bonorum venditio*, quando cioè le funzioni del curatore sarebbero da un pezzo finite. « Ita demum revocatur quod fraudandorum creditorum causa factum est, *si eventum fraus habuit*, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, *bona ipsius vendiderunt* ».

Tutta questa costruzione è, come dicevamo testè, molto ingegnosa. Ma si vegga: il *curator*, di cui fa cenno l' editto, è veramente quella persona incaricata della semplice custodia e amministrazione della massa concorsuale, le cui funzioni cessavano con la nomina del *magister*? Ne dubito assai. Nei tempi, in cui il nostro editto fu primamente proposto, cioè verso lo scorcio (secondo ogni verosimiglianza) del sesto secolo, la costituzione di un tal curatore dovette essere tutt' altro

che frequente. L' editto relativo alla ***missio in bona*** riferito nella *Quinctiana* (c. 21) non ne fa punto parola, e si rivolge direttamente ai creditori. Così pure dicasi dell' altro editto da Ulpiano (62 ad ed.) riportato in D. 42, 5, 9 pr.:

« Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat: sive, quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur: sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum dabo ».

Se la costituzione di un curatore per l' amministrazione e la custodia della massa fosse stata consueta, si sarebbe qui, o in nessun altro punto, dovuto accennare in primo luogo a lui. Invece l' editto fu applicato al curatore solo per l' interpretazione dei giureconsulti: § 5 ibid.:

« ... eadem causa est curatoris bonorum: nam et is tenetur ut creditores »,

nel modo stesso, che fu applicato all' erede (fr. 11 ibid.) (1).

Invece (le notizie non sono molto chiare) si diffuse sotto l' impero l' uso di un curatore per *distrahere* i beni dell' oberato. Già la *lex agraria*, l. 57, dice: « quei ab bonorum emptore magistro *curato[reue emerit...* » e ci rappresenta il *curator* come *distractor*. Nei primi tempi dell' impero vari senatoconsulti permisero la *distractio* in modo speciale a *clarae personae*, per salvarle dall' onta del fallimento (2): più tardi fu, come privilegio, concessa loro una volta per sempre (Nerazio, D. 27, 10, 9 e Gaio, ibid., 5). Ad ogni modo non sembra che rimanesse ristretta a tal categoria di debitori per lungo tempo: Giuliano ne discorre in un notevole frammento (D. 42, 7, 5) in maniera affatto generica:

« Si debitor foro cesserit et creditores privato consilio coierint et elegerint unum, per quem bona distrahantur, et

---

(1) Cfr. anche RUDORFF, *Vormundschaft*, 1, 156. È vero che Ulpiano nel fr. 9, 5 non si riferiva, secondo ogni probabilità, al curatore avente mera amministrazione e custodia, ma al curatore che poteva procedere anche alla *distractio bonorum*; ma ciò non importa: le funzioni di questo avevano assorbito anche quelle del primo.

(2) Cfr. RUDORFF, loc. cit., p. 159.

portio ipsis, quae ex redacto fieret, solveretur, mox exstiterit alius, qui se creditorem dicat: nullam quidem actionem adversus *curatorem* habebit, sed bona debitoris *una cum curatore vendere poterit,* ita ut, quae a *curatore* et a creditore ex bonis contrahantur, omnibus pro portione praestarentur ».

Di fronte a tutto questo è molto probabile che lo stesso *edictum de constituendo curatore* di cui è parola in D. 42, 7, 2 sia, almeno nella forma che risulta dal § 1 ibid., in stretto rapporto con la revisione giulianea. Quel *curator* non è punto nominato al mero scopo di sorvegliare e amministrare: basti citare, oltre il fr. 2 pr. e il fr. 5 h. t., D. 41, 1, 46:

« Non est novum, ut *qui dominium non habeat, alii dominium praebeat*: nam et creditor, pignus vendendo, causam dominii praestat, quam ipse non habuit ».

Che il frammento si riferisca al *curator,* non si può dubitarne: esso è tolto al libro 65° *ad Edictum* di Ulpiano, che concerneva esclusivamente l' interpretazione di questo editto (1). Ora, non si potrà dare altro significato al *curator bonorum* nel nostro primo editto. Sarebbe veramente strano che il pretore avesse usato la frase « curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit », se si fosse trattato di un curatore posto a mera custodia e amministrazione, cioè ad una persona, che solo eccezionalmente interveniva. In tal caso avrebbe il pretore dovuto piuttosto dire: « creditori aliive cui d. e. r. a. d. o. ». Quando infatti il pretore fra molte persone, cui potrebbe competere un' azione, nomina alcuna in particolare, invece di servirsi della formula generica « ei cui de ea re actionem dare oportebit », ciò non può altro significare, che esser quello il caso principale e più frequente (2). Tale dovette essere all' età giulianea nella specie di vera *venditio* quello del

(1) Cfr. LENEL, *E. P.*, p. 350 [3ª ed., 435]. La frase " cuius bona veneant „ nel fr. 2, 1, come in generale tutta la chiusa del paragrafo, non è letteralmente edittale. Scema quindi l' importanza tecnica del *venire* e si rendono meno verosimili le congetture, che ne deriva il LENEL, *ibid.* Infatti lo stesso Giuliano in D. 42, 7, 5 parla di *bona debitoris una cum curatore vendere* in un caso di *distractio bonorum*, e il passo è evidentemente scevro d' interpolazioni.

(2) V. un bellissimo esempio nell' editto edilizio *de mancipiis*.

magister, di cui Gaio parla come di personaggio consueto tuttora, e, nella specie ormai prevalente di una *distractio*, quello del *curator;* sicchè probabilmente nella redazione di Salvio Giuliano l' editto si esprimeva così: « magistro [1] curatori vel ei etc. ». Naturalmente la voce *magister* venne a cadere nelle Pandette giustinianee. Se è così, verrebbe meno un appoggio assai forte per la teorica accennata: le funzioni del *curator*, nel senso accennato, non cessan punto quando i beni del debitore si liquidano; e perciò dalla menzione del *curator* stesso nell' editto non appare necessariamente che l' azione da esso proposta si debba limitare agli atti fraudolenti compiuti durante la *missio in bona*.

E, davvero, contro tale difficoltà insorgono obbiezioni non lievi. Io non discorrerò dei brevissimi termini, entro cui, secondo Gaio (3, 79) e lo Pseudo-Teofilo (3, 12 pr.), si racchiudeva la *missio in bona*, e che parrebbero ripugnare alle parole dell' editto « intra annum quo experiundi potestas fuerit ». Giacchè non è improbabile che in quei passi si parli solo dei termini minimi introdotti a vantaggio del debitore. Difatti Gaio stesso, parlando della ragione per cui i termini eran più brevi, trattandosi del patrimonio d' un defunto, soggiunge: « quia de vivis curandum erat, ne facile bonorum venditiones paterentur ». Il Dernburg trae da queste parole la opposta conclusione; ma il Serafini [2] ha tutte le ragioni di farne le meraviglie.

Una difficoltà ben più grave è la seguente. Ulpiano al fr. 6, 7 h. t. scrive: « Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit ante, quam *bona debitoris possideantur* (cioè prima che si ottenga la *missio in bona*), quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit ».

Si fa la questione se possa convenirsi con l' azione revocatoria (del primo editto) il creditore che, conscio dell' insolvenza del proprio debitore prima che il pretore ordini la *missio in bona*, si fa interamente pagare da lui a scapito degli altri. Nella dottrina del Serafini tale ipotesi non sarebbe nemmeno

---

[1] Contro, dopo il Huschke, il Serafini, op. cit., p. 106. Ma che il *magister* non potesse rappresentare i creditori è poco verosimile.

[2] Op. cit., p. 101 n.

possibile: se l'azione non colpisce che gli atti fraudolenti compiuti durante la *missio in bona*, a che discutere questa ipotesi speciale? E poi c'era bisogno d'invocare addirittura l'autorità di Salvio Giuliano per risolvere un punto, su cui sarebbe stato ridicolo disputare? Ma v'ha di più. Giuliano, dicendo che il creditore non può venir costretto con l'*actio ex primo edicto* a rendere quanto ha ricevuto, non arreca quel motivo principalissimo, evidente, che secondo il Serafini avrebbe ostato all'esperimento dell'azione. Se cioè tal principio fosse veramente esistito, Giuliano avrebbe detto: « non si può parlare di azione revocatoria, perchè l'atto è anteriore alla *missio in bona* ». Invece egli dice: « non si può parlare di azione revocatoria, perchè l'atto non è fraudolento ». Poichè, non essendo ancora iniziata la procedura di fallimento, che parifica tutti i creditori chirografari, non si può dire che abbia fatto torto ad alcuno, precorrendo il pericolo e assicurando il proprio credito: *sibi enim vigilavit* (1).

Tant'è vero che non c'è, sotto questo riguardo, una differenza fra i due rimedi, che Ulpiano, commentando l'altro editto, adduce la medesima decisione di Salvio Giuliano. Fr. 10, 16 h. t.:

« Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam et abstulissem ei id quod mihi debeatur, placet Iuliani sententia dicentis multum interesse, *antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit, an postea*: si ante, cessare in factum actionem (2), si postea, huic locum fore ».

---

(1) Qui è certo il caso di addurre anche il passo di Scevola, fr. 24 h. t.: " sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi ". Del resto non è chiaro a quale dei due rimedi il giureconsulto intenda qui riferirsi. Anche i greci hanno interpretato evidentemente il fr. 6, 7 come nel testo: la somma cirilliana (chè, pur troppo, altro non ci fu conservato: Bas. 9, 8, 6 in Hb. I, 477) contrappone il caso, in cui il pagamento è fatto prima della *missio*, all'altro in cui l'immissione nei beni ha avuto luogo. Nel primo caso il creditore *non incidit* (*in edictum*: cioè non può esser convenuto con la relativa azione); il contrario deve, dunque, pensarsi nel secondo.

(2) Le parole " *in factum actionem* " sono interpolate.

Il Serafini veramente ammette che questi due passi si riferiscano a ipotesi diverse ed abbiano diverso contenuto: a me pare invece che sieno due applicazioni, fatte a due rimedi diversi, della medesima sentenza giulianea. La differenza starebbe [1] in ciò che, mentre sarebbe esperibile l'interdetto e l'*actio in factum* contro il pagamento integro fatto a un creditore a danno degli altri dopo la *missio in bona*, non sarebbe l'*actio* del primo editto proponibile contro un simile pagamento fatto durante la *missio*. E donde ricava il Serafini tutto questo? Dal citato fr. 6, 7, che continua in questo modo:

« qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset ».

« Gli altri creditori — dice — possono obbligare quello che riscosse il denaro a porlo nella massa ». Ma nè io veggo che ciò dica il testo nè ad ogni modo ne seguirebbe l'inapplicabilità del rimedio. Il testo dice solo che anche questo creditore deve trattarsi alla stessa stregua degli altri: è disonesto il *praeripere* dopo che la procedura del concorso è stata iniziata. Ora, con che mezzo si otterrà questa *exaequatio*? Se la *missio* dura ancora, facendo restituire tutto il pagato per aggiungerlo alla massa concorsuale; ma, se (come secondo me sarà stato il caso) i beni son già stati venduti, obbligando il creditore soddisfatto per intero a rendere la differenza tra il ricevuto e quello che in proporzione avrebbe dovuto ricevere *(in portionem vocandum exaequandumque ceteris)*. Naturalmente ciò si avrà, convenendo tal creditore nell'uno e nell'altro caso con l'azione, a cui il testo si riferisce. Non v'è altro modo. In ciò adunque nessuna diversità dall'esempio del secondo testo, in cui lo stesso effetto si ottiene intentando l'interdetto fraudatorio o (seppure qui non c'è interpolazione) l'*actio in factum*.

Come si spiegherà poi con la nuova teoria il fr. 6, 14 h. t.: « Huius actionis annum computamus utilem, quo experiundi potestas fuit, ex die factae venditionis » ? Chè sembra naturale

---

[1] Cfr. specialmente p. 12.

doversi intendere tali parole della *bonorum venditio*: cfr. fr. 10, 18: « Annus huius in factum actionis [1] computabitur ex die venditionis bonorum ». Questo ultimo passo si riferisce al secondo editto.

Il Serafini, con altri, interpreta però il primo testo in modo differente. La *venditio*, di cui esso fa parola, non sarebbe la *bonorum venditio,* ma l' alienazione fraudolenta medesima. E forse uno specioso argomento potrebbe sembrar quello che, mentre nel fr. 10, 18 si parla di *bonorum venditio,* nel fr. 6, 14 si parla di *venditio* semplicemente. A me però tale interpretazione sembra impossibile. Dire di un' azione utile, che non può intentarsi prima che sia posto in essere l' atto onde essa promana, è osservazione quasi banale: e poi quel significato di *venditio* non può accettarsi, sia considerato il testo in sè medesimo, sia nelle sue relazioni con tutto il frammento. Non può accettarsi nella prima ipotesi, perchè quel paragrafo intende dare la norma generale sulla prescrizione dell' azione in discorso e quindi non può contemplare una determinata forma di atto fraudolento, ma deve estendersi a tutti in generale i mezzi, con cui il debitore procura di scemare il patrimonio a danno dei creditori. Non può accettarsi nella seconda ipotesi, perchè nei paragrafi immediatamente precedenti si parla di tutt' altro che di *venditio.* Il § 11 parla di donazione fraudolenta, il § 12 degli acquisti fraudolenti in genere fatti dal servo e dal *filiusfamilias* e il § 13 finalmente dei legati prestati dall' erede necessario insolvente. Sarebbe, dopo tutto questo, non poco singolare che il § 14 usasse poi in quel senso la voce *venditio.*

Nè meno grave mi sembra la deduzione che può ricavarsi dal fr. 6, 13 h. t.:

« Item si necessarius heres legata praestiterit, *deinde eius bona venierint,* Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam: quod nequaquam dubium est ».

Un debitore insolvente muore istituendo, come di costume, un erede necessario e ordinando parecchi legati. Prima che si inizi la procedura concorsuale contro l' erede necessario, costui paga in frode dei creditori i legati ordinati nel testamento.

[1] Le parole " *in factum actionis* „ sono interpolate.

Ecco un atto fraudolento compiuto prima della *missio in bona* e tuttavia revocabile con l'azione del primo editto; che qui non può intentarsi *direttamente*, ma solo *utilmente*, stante la buona fede del legatario che ha percepito il legato ignorando la condizione del patrimonio ereditario. Il Serafini vuole al contrario trarre da questo passo una conferma della propria dottrina. La ragione, dice egli (1), per cui qui si concede la azione utile in luogo della diretta, non sta punto nella mancanza di frode da parte dell' accipiente. Tale mancanza non impedisce che si intenti contro lui l' *actio directa*; cfr. fr. 6, 11 h. t.:

« Simili modo dicimus et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores: nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur ».

Qui si dà azione contro il donatario di buona fede e non s' indica punto che sia un' azione utile. Se non che tale argomento non mi par punto grave. Non s' indica che sia un' *actio utilis*, ma questo silenzio nulla vuol dire, poichè qui non si tratta di commento alla formula, ma all' editto, e per conseguenza non si vuole stabilire altro se non che l'atto sia o no con questo rimedio revocabile, senza poi venire a trattare della formula da adoperarsi. È d'altronde impossibile l' opinione del Serafini per due ragioni:

a) L' editto dice: *cum eo qui fraudem non ignoraverit.* Se l'azione, proposta dal pretore, va contro colui che era compartecipe della frode, è troppo evidente che essa non può direttamente esperirsi contro chi punto non ne era consapevole. Contro questi non potrà darsi che o mediante una finzione o con una concezione in *factum*, vale a dire come utile.

b) Quale sia la ragione della concessione utile dell'azione, dice, a mio avviso, troppo chiaramente il testo: *etiamsi ignoraverint legatarii, tamen* etc. Ed è come dire: benchè non si possa concedere a rigor di termini l' azione, stante la buona fede dell' accipiente, tuttavia (trattandosi di estorcergli un lucro e non d' infliggergli un danno) sarà esperibile un' azione utile.

---

(1) P. 115.

Questo, dunque, è il vero motivo della concezione utile della formula; non è quello che qui si dà l'azione per un atto antecedente alla *missio in bona*: e per conseguenza il testo mantiene tutta la sua formidabile efficacia contro la nuova dottrina.

Dopo avere arrecate queste obbiezioni, che a me paiono gravissime, sarà bene vedere i testi arrecati dall'autore per confortare la sua dottrina. Ne risulterà, ad ogni modo, che egli ha saputo difenderla ingegnosamente: *si pergama dextris defendi possent*, nessun campione migliore si potrebbe desiderare.

Fr. 6, 5 h. t.:

« Si servum suum heredem institutum alienavit, ut iussu emptoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem: at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisset ».

Questo frammento fornirebbe una prova che « l'azione *ex primo edicto* non è esperibile per gli atti anteriori alla *missio in bona*, per ciò che, se si trattasse di un atto compiuto prima di essa, i creditori avrebbero diritto di far revocare l'atto quando il compratore dello schiavo fosse consapevole della intenzione del debitore nel fargliene la vendita ». Invece nella nostra fattispecie « basta si conferisca alla massa il prezzo sborsato dall'acquirente ». Io, a dir il vero, non comprendo troppo bene il pensiero dell'autore [1]. Il ragionamento ulpianeo m'è invece chiarissimo, e parmi s'adatti tanto all'uno che all'altro dei due rimedi. Il debitore ha uno schiavo che fu da un terzo istituito erede. Egli, prima che abbia adito, lo vende ad un altro *ut iussu emptoris adeat*. La frode sta in ciò, che egli vende lo schiavo, non computando nel prezzo,

---

[1] Mi pare, cioè, ch'egli intenda per *fraus in hereditate* il disperdimento del prezzo relativo alla deferita eredità. Se, quindi, l'atto si vuol revocare durante la *missio*, non si potrà ottenere che il giusto prezzo del servo, come tale; se invece si vuol revocare dopo, provandosi l'*eventus damni*, si dovrebbe poter rescindere l'intero negozio. Ma, se è questo veramente il pensiero dell'Autore, non mi par che risponda nè al testo, nè ai principii di questa materia.

come pur si dovrebbe, il valore dell' eredità deserta: la vendita maschera insomma una vera donazione a danno dei creditori. Come tale si dovrebbe revocare, sia che il debitore conferisca nella massa il prezzo ricevuto *(in venditione nulla fraus est)*, sia che lo disperda *(in ipsa servi alienatione fraus est)*. Ma soccorre al giureconsulto un altro pensiero. Il debitore, se avesse continuato a tener lo schiavo, avrebbe potuto benissimo trascurare di ordinargli di adire: l' editto non appartiene *ad eos, qui id agunt, ne locupletentur*. Ora, se egli non avrebbe potuto esser costretto ad acquistare l' eredità al suo servo deferita, come potrà esser costretto a tener conto di essa nell' alienazione che venga a fare del servo? Io non voglio ora esaminare fino a che punto sia corretta cotesta decisione: sta benissimo che il padrone non possa esser costretto a fare adire l' eredità al proprio schiavo; ma dal momento che, pendente tuttavia la possibilità dell' acquisto, aliena il servo stesso, non veggo come non debba tener calcolo dell' aumento di valore che proviene dalla delazione della *hereditas:* vendere una cosa per minor prezzo di quello che può valere è una *deminutio patrimonii*, non l' omissione di un lucro. Ma, comunque si giudichi sugli intendimenti di Ulpiano, una cosa è certa: ed è che tal parere si applica indistintamente tanto agli atti compiuti prima, quanto a quelli compiuti dopo la *missio in bona*.

Fr. 6, 9 h. t.:

« Praeterea illud sciendum est eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit vel stipulatus est vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse: nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt ».

Tale decisione, dice il Serafini [1], non avrebbe senso, se gli atti ivi contemplati fossero stati compiuti prima della *missio in bona*. L' acquirente « dovrebbe sapere quali sieno i creditori della persona con cui intende contrattare e chiedere a ciascuno di loro, se il contratto che sta per concludere sia per riuscire loro dannoso! » Ma anzitutto, se anche fosse vero

---

[1] Op. cit., p. 114.

non potersi questo testo intendere degli atti compiuti prima della *missio*, non ne deriverebbe la conseguenza che il rimedio del primo editto non sia anche contro tali atti esperibile. Dicendo che può esperirsi contro gli atti compiuti prima della *missio*, non si nega, anzi si afferma, che possa esperirsi contro quelli che furon compiuti durante la stessa. E poi che direbbe l'autore, se taluno, arguendo dall'applicabilità di questo testo agli atti compiuti dopo la *missio*, ne traesse un'obbiezione contro la sua teoria? Ma poi non esiste quell'incompatibilità, che l'autore ingegnosamente sostiene. Infatti è applicabile l'ipotesi anche ad un atto anteriore alla *missio in bona*. Io, per es., vorrei comperare una casa da Tizio, che, versando in angustie economiche, volentieri la venderebbe. Tuttavia, da uomo delicato, ne avverto prima quelli, che so essere creditori del venditore indebitato, e ne ottengo licenza. Se costoro fossero realmente i soli creditori dell'oberato, essi non potrebbero più revocare l'atto compiuto, col pretesto che io era al fatto delle tristi condizioni del debitore e ne prevedevo la frode [1].

Fr. 9 h. t. [2]:

« Is qui a debitore, *cuius bona possessa sunt*, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emptor conveniri potest. sed verior est Sabini sententia bona fide emptorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat qui eum admisit etc. ».

Potrebbe da questo testo risultare evidente che la condizione necessaria per l'esperimento del rimedio del primo editto sia che l'atto venga compiuto dopo che i creditori hanno ottenuto la *missio*. A me tuttavia sembra che la migliore interpretazione di questo passo sia pur quella già data dal Fabro [3], che il Serafini cita e respinge: « . . . ponendum . . . factam venditionem a debitore, cuius bona postea sint pos-

---

[1] V'è poi un'altra applicazione. Io so che Tizio è creditore di Caio indebitato e compero da questo, che so voler disperdere il prezzo, sciente e consenziente il primo. Ancorchè esistessero altri creditori di Caio da me ignorati, l'atto mio non sarebbe mai fraudolento: arg. a contr. fr. 10, 7 h. t.

[2] Cfr. SERAFINI, p. 97 sg.

[3] *Coniect.*, 20, 14, 5.

sessa ». Infatti, se Paolo avesse voluto dire che l' atto fraudolento, cioè l' *emptio*, avvenne dopo la *missio in bona*, avrebbe dovuto, per un canone elementare di sintassi latina, dire: « cuius bona possessa *fuerint* »; l' espressione « possessa *sunt* » indica esser posseduti attualmente quei beni, a proposito dei quali prima della *missio* (altrimenti si sarebbe dovuto dire *fuerint* o *fuissent* o *essent*) è stata perpetrata la frode.

Un argomento assai forte parrebbe quello, che il Serafini trae dalla prima lettera di Cicerone ad Attico: « Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario cum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum eius fratre A. Caninio Satyro de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat L. Lucullus et P. Scipio et, is quem putabant magistrum fore si bona venirent, L. Pontius. Verum hoc ridiculum est de magistro ».

Qui abbiamo un' azione revocatoria intentata prima della nomina del *magister* e della *venditio bonorum*. Ora non potrebbe intendersi per essa l' azione del secondo editto, di cui è detto chiaramente che non può intentarsi finchè, venduti i beni, sia fatto palese l' *eventus damni*. Parrebbe dunque vero che per l' altra azione l' *eventus damni* avesse un significato relativo, sottrazione, cioè, di valori alla massa concorsuale; il quale significato si può solo ammettere per le alienazioni fraudolente operate durante la *missio*.

Ma si potrebbe ricordare che le fonti fanno datare anche per il rimedio del primo editto la *potestas experiundi* dalla *venditio bonorum*. Nè quel passo ciceroniano può avere gran forza, quando si pensi che noi troviamo la regola, che la *venditio bonorum* segna il principio dell' esperibilità dell' azione, solo in Ulpiano, giureconsulto assai recente. E per vero si noti come il tener conto di quelle eventualità che potrebbero eliminare l' effetto nocivo dell' atto fraudolento prima della *venditio bonorum* (donazioni, eredità, legati, fedecommessi, *mortis causa capiones*, adempimento di obbligazioni naturali etc.) è opera di un pensiero giuridico più elaborato e fino, che non fosse ancora quello dei tempi muciani. Anzi, la stessa teoria di Q. Mucio, che riteneva avessero i creditori, immessi nel patrimonio del debitore, il possesso di questo, potè contribuire a far sì che si avesse a ritenere tosto consumata l' ipotesi della azione dal momento, in cui l' atto fraudolento fosse compiuto.

Il pretore dice, del resto, nel primo editto ch' egli accorderà l' azione « curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dari oportebit ». Opina il Serafini [1] che con le ultime parole il pretore abbia voluto riserbarsi la scelta del creditore che dovesse promuovere l' azione, nel caso che curatore non vi fosse. A me parrebbe che il revisore dell' editto, pur avendo messo là in prima linea e *nominatim* il curatore, per cui ormai solevano condursi a termine le procedure concorsuali, avesse voluto poi con quelle parole generiche indicare i casi, in cui per avventura il curatore non si fosse nominato: nei quali casi bisognerebbe pensare al *magister* [2] o ai creditori. Il Serafini cerca un' analogia in D. 42, 5, 8, 4. Ma v' ha pure una diversità fra il caso in questo passo configurato e l' altro, ove si tratta di promuovere una lite. In Cicerone, per es., vediamo i creditori agir tutti insieme, nè la spiegazione, che ne dà l' arguto romanista, riesce soddisfacente. Si noti poi la frase: « vel ei, cui de ea re actionem dari *oportebit* ». L' *oportebit* non può riferirsi a meri criteri di fatto, di opportunità e convenienza, quali sarebbero quelli che posson muovere il pretore a dare all' uno piuttosto che all' altro dei creditori l' azione. Il pretore usa la voce *oportere* per indicare una necessità giuridica, non mai per indicare un motivo di opportunità: taccio qui della evidente applicazione di tal parola nelle formule (qui, insomma, sta — reiette alcune malferme congetture del Baron — la distinzione tra formule *in ius* e *in factum*), ma ben voglio notare alcuni punti dell' editto stesso, che non possono lasciare dubbiezze in proposito:

Vetus edictum secondo Cic., *in Verr.* 2, 1, 44, 114:

« Si tabulae testamenti non proferentur, tum, *uti quemque potissimum heredem esse oporteret*, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo ».

L' editto fu poi modificato (D. 38, 7, 1) così:

« .... tum quem *ei heredem esse oporteret*, si intestatus mortuus esset, etc. ».

---

[1] P. 171 sg.

[2] Contro il SERAFINI, p. 170.

D. 38, 14, 1:

« Uti me quaque lege senatus consulto bonorum possessionem *dare oportebit,* ita dabo ».

Ed. aed. de mancipiis, D. 21, 1, 1, 1:

« quod eius praestari *oportere* dicetur ..... iudicium dabimus ».

In altri due passi la voce *oportere* si riferisce al diritto creato dallo stesso pretore; ma — notisi bene — creato con norma fissa e invariabile.

Cic. *pro Quinct.*, 27, 84:

« Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse *oportere,* etc. ».

D. 42, 8, 10 pr.:

« ... si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve *oportet* ... ».

In altri luoghi, in cui il pretore si riserba fra più attori possibili di eleggere quello, che a lui parrà più meritevole, secondo i casi, egli si vale di ben altre espressioni. Cfr. D. 47, 12, 3 pr.:

« .... si plures agere volent, *cuius iustissima causa esse videbitur,* ei agendi potestatem faciam ».

Non v' ha insomma in tutto l' editto un testo, che confermi quella interpretazione. E davvero essa non mi sembra neppur di fatto molto soddisfacente. Se i creditori devon permettere che uno di loro rappresenti tutti e per tutti agisca, tanto fa che si proceda alla regolare costituzione di un curatore, che offrirebbe assai più grandi vantaggi.

Con la teoria del Serafini si connette assai strettamente il significato [1], che avrebbero secondo lui le parole: « idque

[1] Io qui non faccio punto una recensione, e però non mi fermo su quello che non s' attiene direttamente al mio scopo. Tuttavia non voglio negligere un punto. Parlando della legittimazione passiva del *nesciens fraudis,* il SERAFINI, p. 177, è d' avviso che per il primo editto, come si è visto, non s' intentasse punto un' azione utile nei casi di atti a titolo lucrativo, ma

etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo » (¹). Le cose revocate durante la *missio in bona* rientravano, dunque, nel patrimonio del debitore. Questi avrebbe potuto benissimo alienarle nuovamente in frode dei propri creditori: ora, ad impedire tale inconveniente il pretore dichiarava che avrebbe tenuta ferma la revoca anche contro lo stesso *fraudator*. Le cose restavano, così, immobilizzate poi a profitto della massa.

Ma ostano, a parer mio, troppe difficoltà. È già strano che s'aspetti a immobilizzare le cose dopo il fatto di un'alienazione fraudolenta: più strano ancora che si immobilizzino solo quelle già alienate e revocate, quasi che — in tesi generale — importi ai creditori, che vengono frodati, che siano nuovamente alienate queste in luogo di altre non prima distratte. Le parole edittali, poi, non possono avere questo significato. Che cosa può voler dire *idque*? Il Serafini osserva che non può riferirsi ad *actio*, e sta bene: egli lo riferisce al risultato delle precedenti disposizioni, cioè all'avvenuta revoca dell'atto fraudolento. Ma tale significato non appare: *idque* non può altro indicare, se non « la stessa cosa » o « la stessa disposizione »; la disposizione precedente si riassume nell'*actionem dabo,* ed alla concessione di azione si deve pur in questo caso pensare.

E come si potrebbe in pratica applicare la disposizione, a cui pensa l'egregio Serafini? Se il debitore, eludendo la vigile custodia dei creditori immessi *in bona,* ritornasse ad alienare la cosa già richiamata con un'azione revocatoria alla massa concorsuale, non ci sarebbe evidentemente altro rimedio che quello di promuovere di nuovo — verificandosi tutte le necessarie ipotesi — la stessa azione (nulla ci dice che gli atti nuovi fraudolenti si dovessero considerare come nulli). E, se è

---

una diretta: ed opina quindi che l'editto contenesse una clausola o, almeno, una formula relativa. Il vero si è piuttosto che l'editto del pretore non faceva in verun modo cenno dell'*actio* contro il *nesciens fraudis* (nel primo editto) e che l'esperienza dell'azione — naturalmente utile — contro di lui si doveva all'autorità dei giureconsulti: fr. 6, 12 h. t.:

" Simili modo *dicimus* et si cui donatum est non esse quaerendum etc. ".

Sarebbe compatibile tale modo di esprimersi con il fatto di trovarsi ciò disposto nell'editto? Si troverebbe mai un esempio parallelo?

(²) P. 197 sg.

così, io non vedrei nè la necessità nè l' utilità di simile disposizione. Essa non varrebbe che a consigliare una maggior vigilanza ai creditori, i quali, già scottati dall' acqua calda, starebbero ormai in avviso anche contro la fredda.

L' azione del primo editto è giudicata rettameute dal Serafini essere reale e identica a quella, di cui in Inst. 4, 6, 6. Conforta egli tale opinione, ormai a buon diritto prevalente, con argomenti buoni e saldi. Uno soltanto non sarei disposto ad accogliere. Se tale azione, dice egli, fosse personale, dovrebbe esistere la relativa *obligatio*. E questa sussiste realmente nel caso dell' azione del secondo editto, poichè questa non si concede prima che si dimostri l' evento dannoso, da cui scaturisce l' obbligo del risarcimento: invece nel primo caso non si aspetta l'accertamento del danno; anzi, non è sul danno che si fonda l' azione: ciò che vuolsi è il richiamo semplicemnte della cosa alienata. L' alienazione — in sè stessa — è un diritto del debitore e dell'acquirente, e quindi non può parlarsi d' obbligazione nascente da essa. Tale argomentazione è coordinata a tutta la teoria suesposta: teoria, che, per le difficoltà accennate, non abbiamo finora potuto abbracciare. Ma si ammetta per un momento la verità di essa, forse che l' argomentazione si potrebbe accogliere? A me pare di no. Perchè sorga un' obbligazione, non è necessario l' evento del danno, basta — in astratto — l' esistenza della frode. Nulla osta a che chi ha fraudolentemente acquistato un oggetto da un debitore oberato rimanga obbligato a restituirlo. La legge o l' editto potrebbe benissimo dare un'azione personale, che si fonderebbe sopra un' *obligatio ex delicto*.

Ad ogni modo è però vero che quell' azione è reale. Ha ragione lo Psendo-Teofilo al § 6 cit. di chiamarla Pauliana? Il Serafini [1] sostiene che il parafraste si è ingannato; e acutamente confronta il noto frammento D. 22, 1, 38, 4. Ivi è detto chiaramente che la Pauliana è personale: ed, essendo appunto personale l' *actio in factum* svoltasi dall' interdetto fraudatorio, è questa e non la prima che deve rivendicarsi questo nome. Chi oserebbe preporre l' autorità dell' ignoto bizantino a quella di Paolo? Questo ragionamento, non si può negarlo, è molto

---

[1] P. 79 sg.

forte. Dire col Lenel che la Pauliana si poteva considerare come reale, avuto riguardo alla sua efficacia, e nel contempo come personale, avuto riguardo alla limitata legittimazione passiva, non è certo dir bene. Io quindi non avrei difficoltà ad accedere all' opinione del mio ottimo collega, se non mi trattenessero alquanto due considerazioni [1]. Può essere benissimo che un' *actio in factum* porti il nome di qualche pretore; ma ciò è meno probabile per un' azione come questa, che si è svolta (secondo il Serafini) in via storica da un interdetto, e che insomma non fu il portato di un principio nuovo, nè un rimedio, in confronto degli anteriori, di straordinaria efficacia. Meno strano sarebbe stato un *interdictum Paulianum*. Si consideri poi che qui non è una isolata testimonianza del parafraste, la quale, specialmente di fronte ad un opposto insegnamento di Paolo, non potrebbe turbarci. Si tratta invece di una cospicua e universale testimonianza dei greci, che risale all' età giustinianea, che non deriva da una fonte sola e quindi si deve reputare nata da lunga tradizione e appoggiata a testi ora perduti: Stefano, per es., nello scol. Οὐ μόνος [2], chiama pure Pauliana questa azione in un passo, in cui punto la nomina il testo latino [3]. Invece al frammento di Paolo citato, l' unico del *Corpus iuris* in cui la Pauliana sia nominata, nessuna delle antiche elaborazioni greche usa tal nome; ma tanto Stefano [4] quanto l' Anonimo [5] quanto Cirillo [6] si guardano bene dal farlo e parlano invece di una *actio in*

---

[1] Una terza non ho voluto accennare nel testo; perchè bisognerà vedere il secondo volume serafiniano, prima di pronunziare un giudizio. Sarebbe cioè difficile ammettere veramente l' *actio in factum*, tranne che contro il *nesciens fraudis*. Gli argomenti del Lenel (p. 398 n.) sono forti: 1.° l' *interdictum fraudatorium* non è mai nominato nel titolo *sedes materiae*, ma soltanto altrove; 2.° l' *interdictum* del C. Th. 2, 16, 1 è stato cancellato nel relativo passo del Codice giustinianeo, 2, 27 (28), 2; 3.° nel fr. 10, 2 tale interpolazione è evidente. Ma, ripeto, vedremo quanto dirà su questa materia l' Autore.

[2] *Bas.*, Hb., 5, 369.

[3] Che qui Stefano pensi appunto all' azione del primo editto, parrà chiaro da quanto stiamo per aggiungere.

[4] Sch. Ἐντεῦθεν, *Bas.*, Hb., 2, 713.

[5] Nella somma, che forma il testo dei Bas.: 23, 3, 38.

[6] Sch. Κυρίλλου, l. c., 2, 714.

factum: la consueta interpolazione dei compilatori (?) per *interdictum fraudatorium.* Tale accordo non può essere casuale; ed anzi non può il testo delle Pandette essere stato presente a quei giureconsulti nella forma, in cui ci sta avanti. Non sarebbe altrimenti possibile che nessuna versione greca avesse reso quel nome, mentre più d'una fra loro nomina la pauliana là dove ne tace il testo latino. La voce *pauliana* dovette penetrare in questo per opera di qualche *sciolus,* come avvenne di tanti altri glossemi. Altra ragionevole spiegazione io non so vedere. Lo Pseudo-Teofilo direbbe anche questa volta il vero!

Riassumendo, per ora, pare che alla nuova dottrina ostino troppo gravi difficoltà. Potrebbe però riuscire al suo autore di disperderle nella futura continuazione dell'opera accennata. Un'altra volta ci proveremo, dopo tanti risultati negativi, a qualche costruzione o almeno a qualche congettura. Intanto però ci corre obbligo di stretta giustizia di dichiarare:

che altrettanto è facile il compito di criticare e demolire, e altrettanto difficile quello di erigere e di costrurre;

che, anche tolta la verità dei risultati, il libro, che ha suggerito questo articolo, rimane un libro fortemente pensato, bene ordinato e in molti particolari opportuno;

che infine molte delle nostre osservazioni vanno intese come provvisorie: per il caso cioè che all'autore nel corso dell'opera non riesca di addurre altro di più efficace.

A proposito di un libro del prof. Eisele sulla nullità dei contratti obbligatorii per difetto di consenso fra i contraenti (*).

Uno dei pregi più singolari dell' esimio professore di diritto romano nell' Università di Friburgo (Baden) è l' acume critico, ch' egli suole dimostrare nell' esame dei concetti giuridici fondamentali e delle dottrine generali. Le sue monografie riescono quasi sempre o a provare l' insussistenza delle teorie tradizionali o invece quella di nuove dottrine che s' avanzano minacciose per la *communis opinio*, e, quando anche non riescano nè all' una nè all' altra cosa, svelano sempre qualche lato nuovo delle questioni trattate, e richiamano ingegnosamente l' attenzione su punti importanti ma generalmente poco avvertiti.

Dev' essere pertanto interessante per ogni giurista il conoscere l' opinione dello Eisele sopra una questione così notevole come quella, che porge occasione al suo libro (1).

L' opinione tradizionale insegna che l' interno volere sia l' elemento produttore degli effetti giuridici, e che l' atto dichiarativo non abbia altra importanza se non quella di far conoscere l' interna volontà, che, come tale, non potrebbe da

(*) [In *Monitore dei Tribunali*, XXVIII, 1887, pp. 737-739].

(1) *Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Villensübereinstimmung der Contrahenten*, nei *Jahrbücher für die Dogmatik*, 25, 1887, pp. 414-508.

sola avere effetti nel mondo esteriore [1]. Quest' opinione pare che debba considerarsi tuttora, nel campo del diritto comune, come la dominante. Gli attacchi sorsero numerosi negli ultimi tempi: e — ciò che è notevole — vennero a preferenza dalle sfere dei pratici, i quali notarono il gran pericolo arrecato ai rapporti giuridici dall'incertezza prodotta dal non potersi alcuno attenere con piena fiducia alla dichiarazione altrui, benchè questa, nè per la persona di chi la emettesse nè per il suo contenuto o per la sua forma, offrisse ragionevole motivo di dubbio. E, mentre lo Zitelmann esagerava gli antichi insegnamenti della scuola, un coltissimo magistrato, il Bähr, fondava la sua teoria del contratto, che diceva consistere non già nel consenso delle due volontà dei contraenti, ma nell' incontro e nell' accordo delle due dichiarazioni della volontà, quantunque l' interno volere di entrambi i contraenti o dell' uno dei due, per qualsiasi motivo, a tale dichiarazione non rispondesse. Si sogliono indicare le due dottrine suesposte [2] come due dottrine estreme; ma nota benissimo lo Eisele che l' estremo opposto alla teorica bähriana non è già l' opinione dominante, ma sarebbe piuttosto una dottrina (che a niuno certo potrebbe venire in capo) che considerasse l' interna volontà, ancorchè priva di dichiarazione, come efficace giuridicamente. Onde le molte teorie pullulate in questi ultimi anni e destinate a contemperare quelle due, anzichè dottrine medie, debbonsi giudicare dottrine più o meno gravitanti verso l' estremo bähriano: la vera *media opinio* è la dominante. E tra quelle dottrine, dette a torto intermedie, si dovrebbero porre tanto quella del nostro Scialoja, accennata nella sua prolusione e che si dovrà — presto, come tutti sperano — trattare nella prefazione al 3° volume della versione del Savigny, quanto quella dello Hartmann, della quale più specialmente si occupa il nostro autore. Quest'ultima è semplicissima e si riassume nella formula « che bisogna attenersi alla dichiarazione finchè la buona fede non esiga che si faccia una *quaestio voluntatis* ». E ciò avverrebbe nel caso

---

[1] Così — felicemente al solito — formula la dottrina lo SCIALOJA, *Responsabilità e volontà*, p. 12.

[2] Per es., DERNBURG, nelle sue lezioni orali e nelle sue *Pandette*, I, p. 226.

che la disarmonia fra la dichiarazione e l'interno volere di una parte fosse stata dall' altra avvertita, o lo avesse potuto essere da chiunque di mediocre diligenza; nel caso che tale disarmonia si fosse appalesata, mentre in forza del negozio giuridico non s'era ancora avverata alcuna mutazione a danno dell'altra parte; e finalmente nel caso che la pretesa di questa fosse fondata su titolo meramente lucrativo. Se tale enumerazione sia dimostrativa o tassativa, dallo scritto di Hartmann (1) non appare chiaramente.

Lo Hartmann tenta di mostrare l'accordo della sua dottrina con le fonti romane, ma le prove positive sono scarse e non molto concludenti; le sue considerazioni generali non hanno, come tutte quelle di simile natura sullo sviluppo dei dommi giuridici, gran valore (2), e trascurano poi il fatto importantissimo che per opera di Pedio prima, e di Giuliano dopo, il concetto dei singoli negozi giuridici in genere e dei contratti in ispecie si modifica considerevolmente. E infine non giova troppo negar fede ai testi che accentuano l'importanza dell'interno volere. Ciò — per vero — si fa da parecchi fra i moderni: l'Eisele (3) con opportune considerazioni cerca dimostrare che quei testi non contengono generalizzazioni false, almeno nel senso che gli avversari della *communis opinio* pretendono. Del resto, qualunque opinione si abbia su quei non molti frammenti, che contengono massime generali, il continuo operare di quei giuristi con i concetti di *voluntas, consensus, animus* (4) basterebbe a dimostrare quale fosse il loro modo di vedere: riferire quelle espressioni alla esteriore manifestazione della volontà (5) non è troppo serio. Ma se la dottrina hartmanniana non può vantarsi di essere in pieno accordo con le fonti romane, può almeno vantare di rispondere opportunamente alle pratiche esigenze della vita? Che la *quaestio voluntatis* non sia ammissibile, dove alla buona fede ripugni (per

(1) *Jahrb. für die Dogm.*, 20.

(2) Assai meglio lo sviluppo storico in Roma fu delineato dallo SCIALOJA, loc. cit., p. 18.

(3) Pagg. 12-20.

(4) Cfr. anche SCIALOJA, p. 17.

(5) LEONHARD, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen*, I, p. 11 sg.

es., in quasi tutti i casi della cosiddetta *reservatio mentalis*), si dovrà certo concedere; ma non è qui che lo Harmann si ferma: egli va più in là, e dice che «sempre si deve stare alla esterna dichiarazione quando la buona fede, date le speciali circostanze, non esiga il contrario». Con ciò viene sempre più comprovato che le cosiddette teorie medie gravitano in realtà verso l'estremo bähriano: si considera qui la dichiarazione esterna, ancorchè discordante dall'interno volere, come produttrice per sè stessa di effetti giuridici. Ora, questo è falso. Nei casi accennati, in cui l'equità vieta la *quaestio voluntatis*, non è la dichiarazione per sè che produce gli effetti giuridici; bensì si ha un'applicazione del principio che niuno deve trarre vantaggio dal proprio modo scorretto di agire. Sicchè — per limitarci ai contratti —, se un contraente è tenuto verso l'altro nonostante la sua riserva mentale, è inesatto il dire che il contratto sia nondimeno valido. Il contratto, come la vita lo crea, sta nell'accordo di due o più volontà: il diritto lo assume come lo trova, e lo regola e disciplina (1). Ora, statuire un contratto ove manchi il consenso, è impresa che supera il potere di ogni legislatore: questi potrà tutt'al più ordinare che in quel caso abbian luogo gli effetti di un contratto. Tutto ciò non è indifferente in pratica: poniamo, per es., che alla parte ingannata dall'altrui riserva mentale torni più comodo agire per ottenere il risarcimento dei danni che non l'adempimento del contratto, a cui essa aveva creduto di addivenire; e poniamo che nel frattempo per essa il contratto sia diventato dannoso e l'altra parte insti per l'adempimento. Sarebbe giusto, equo, pratico costringere nel primo caso la parte ingannata ad agire per l'adempimento, nel secondo all'adempimento da parte sua? Non pare; ma questa sarebbe

---

(1) È risaputo che l'opposto insegnamento fornì il più grave argomento allo SCHLOSSMANN nel suo libro, del resto alquanto superficiale, *Der Vertrag* (I, p. 119 sg.). Nè certo salvano la dottrina comune dalle obbiezioni dello Schlossmann le osservazioni del compianto CIMBALI, *Arch. giur.*, 33, 214 sg. La dottrina comune è accolta dal nostro legislatore (per es., cod. civ., lib. 3°, tit IV, cap. I, sez. I, § 4), ma non per questo è necessario attenervisi in pratica per tutte le sue conseguenze. Cfr. le importanti riflessioni del medesimo EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, nell'*Archiv für die civilistische Praxis,* N. S., vol. 19, p. 317 sgg.

ineluttabile conseguenza dell' ammettere che il contratto abbia, nonostante la riserva mentale, avuto luogo (1).

L' obbligazione che nasce, benchè il contratto non abbia avuto luogo, è altra di quelle innumerevoli nascenti dalle *variae causarum figurae*, oltre il contratto e il delitto: è una *obligatio quasi ex contractu*. Le fonti romane non annoverano espressamente che alcuni casi di tali obbligazioni, e segnatamente non fanno espressa menzione di quelle che si possono far valere mediante un' azione contrattuale. Ma, se l' azione è quella del contratto, ciò non vuol dire che già il contratto ci sia: cfr. per es. D. 18, 1, 6, 1. Per le azioni di buona fede il giudice avrebbe benissimo potuto limitarsi alla condanna al risarcimento *(quidquid ob eam rem N^um^ N^um^ A^o^ A^o^ dare facere oportet ex fide bona)*, e forse la via non era affatto preclusa neppure nelle azioni *stricti iuris* (arg. Gai. 4, 131[a]). La dottrina dello Eisele non è, quindi, che una più esatta determinazione della *communis opinio*, in quanto non dà giuridica importanza alla esterna dichiarazione presa isolatamente e scompagnata dall' interno volere; tenendo poi conto degli altri principii ed elementi contemperatori arriva a risultati più conformi ai bisogni pratici e ben anche ai dettami del diritto romano. Essa, applicata ai contratti (2), si esprime così: Nei casi di dissenso occulto fra le parti è ufficio del giudice considerare se e quando, nonostante l' insussistenza del contratto, debbasi l' una parte costringere a prestare all' altra, giusta le esigenze della buona fede. L' insufficienza della dottrina di Hartmann si appalesa evidente, ove si pensi al caso in cui il disaccordo fra espressione e volontà appaia *re integra*. Qui è chiarissimo che la dichiarazione come tale non genera effetti giuridici: tali effetti nascono solo dalla combinazione con altri fatti, per l' avverarsi dei quali la buona fede esige che la parte sia nondimeno tenuta a prestare. E il fondamento di tali esigenze sta nella tacita garanzia che è insita nello stesso ordine giuridico: secondo il quale, dovendosi rendere possibile il commercio fra gli uomini, si deve pur ammettere

(1) Sulla c. 26, X, 4, 1 v. ora Eisele, p. 23.

(2) Per brevità qui e altrove dico semplicemente " contratto „ nel senso romano, e intendo i soli contratti obbligatori.

che ognuno, non avendo ragionevole motivo di dubbio, s'affidi all'altrui dichiarazione. E in ciò la teoria dello Eisele si distingue da quella del Regelsberger, che assume un tacito patto di garanzia.

Tale garanzia non è naturalmente assoluta: si riferisce solo a chi, nell'interpretare la dichiarazione altrui, ha proceduto correttamente. Si può domandare quale grado di diligenza si esiga in tale procedimento. L'Eisele è d'avviso che, trattandosi di una condizione posta nell'interesse della stessa persona che deve interpretare, costei debba usare la normale diligenza, cioè quella di un *diligens pater familias* (e, rispettivamente, del ben regolato commerciante). In un passo, veramente, Paolo (D. 18, 1, 15, 1) si accontenta dell'esenzione dalla colpa lata: *ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit*. Ma a me sembra verosimile l'opinione di Eisele (1), che tali parole si riferiscano a quanto è detto in principio di quel frammento. Comunque del resto si pensi in proposito, da questo principio della garanzia insita nell'ordine giuridico non si può praticamente dedurre che l'obbligo di prestare l'interesse negativo del contratto, per usare la nota frase di Ihering, non l'obbligo dell'adempimento di esso. Ed è così che lo Eisele crede di poter sfuggire alle osservazioni dello Scialoja (2), e pare a me che vi sfugga felicemente, dato il principio della sua teoria, sul quale è pur lecito disputare.

Al contrario del Windscheid, che esige il dolo o la colpa lata nell'autore della dichiarazione, perchè ne resti obbligato malgrado il disaccordo di essa con la vera volontà, l'Eisele non pretende neppure la colpa lieve. E ricorda come, a ben vedere, il diritto romano, ove si tratti dell'oggettiva sicurezza dei rapporti giuridici, non bada che alla condotta della parte, a cui vantaggio l'obbligazione è introdotta, non di quella che rimane obbligata. È solo così che si possono evitare gli sforzi poco fortunati dello Ihering per tener saldo in ogni caso il principio della *culpa in contrahendo*. E si aggiunge un altro principio che, secondo lo Eisele, è pur fondato in diritto romano (D. 47, 2, 62 (61), 5. 18, 1, 62, 1), che, cioè, ove è sorto

---

(1) P. 64: vedi anche p. 75 in nota.

(2) Loc. cit., p. 22.

un danno, che deve essere sopportato da una di due persone, di cui nessuna è in colpa, decide il fatto di averlo (sia pure affatto innocentemente) cagionato.

L' elegante lavoro si chiude con la discussione di alcuni casi pratici già trattati nella relativa letteratura, e che l' autore risolve applicando i suoi principii. Rimane ora a desiderare che l' autore estenda le sue indagini a tutto il campo dei negozi giuridici, e ci dia una completa dottrina sulle divergenze tra volontà e dichiarazione. Questa potrebbe anche riescire la migliore riprova delle sue risultanze particolari.

Valore giuridico della scommessa (*).

[Nota alla sentenza 1° febbraio 1893 della Pretura di Como, riferita in *Monitore dei Tribunali,* 1893, p. 237, che fissò la massima seguente:

" Data una scommessa, il perdente può ripetere la posta depositata presso un terzo poichè tale deposito non equivale negli effetti al pagamento (art. 1802, 1804 del Cod. civ.).

" Avvenuto anche il pagamento, rimane al perdente il diritto di ripeterlo, ove dimostri la mala fede del vincitore nel proporre o nell' accettare la scommessa.

" Tale mala fede può consistere nell' avere taciuto di essersi precedentemente accertato in modo rigoroso del vero essere della cosa, su cui verteva la scommessa „].

La prima parte della sentenza appena ha hisogno di commento. Il deposito presso il terzo non può in alcuna guisa considerarsi come effettivo pagamento, per cui è necessario che la proprietà della somma pervenga al vincitore. Nè il depositario si può considerare come rappresentaute di quest' ultimo, mentre egli presta l' opera sua a entrambe le parti, nell' interesse — saremmo tentati a dire — obbiettivo della loro pattuizione: egli non riceve la posta come mandatario del vincitore (che è tuttora incerto), quale definitiva prestazione, ma bensì come miglior garanzia della serietà della scommessa. Sicchè il vincitore neppur potrebbe rivendicare la posta del perdente dalle mani del terzo, quando fosse pure stata conferita in specie. Opportunissima è al proposito la luce, che viene dal passo di Ulpiano (D. 19, 5, 17, 5). In esso si considera il

---

(*) [In *Annuario critico di giurisprudenza pratica,* V, 1893, pp. 107-112].

caso di una *sponsio* giuridicamente efficace (avente cioè *honesta causa*): la posta consiste in un anello, che ciascuna delle due parti deposita nelle mani di un terzo, epperò in una specie. Il giurista decide:

« Si quis sponsionis causa anulos acceperit nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat: quemadmodum enim rei nomine, cuius *neque possessionem neque dominium victor habuit*, aget furti? »

Lasciamo stare che la frase « *praescriptis verbis actio competit* » è, secondo ogni probabilità, interpolata, e che il giurista faceva menzione di qualche altro rimedio, per es. un'*actio in factum*. Ciò è al proposito nostro irrilevante. Dal passo deriva che, pur là dove il contratto è efficace e il pagamento è esigibile, siffatto deposito presso il terzo è così lontano dall'essere parificato al pagamento, che neppure si concede al vincitore l'*actio furti* contro il terzo, che si usurpi la posta. E sì, che nel diritto classico l'azione di furto si viene gradatamente estendendo nella sua attiva legittimazione. Il giurista continua:

« plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit ».

Se, dunque, la *sponsio* è giuridicamente inefficace, perchè basata su *causa inhonesta*, il vincitore non ha alcun mezzo per farsi dare dal terzo la posta del perdente: solo può ripetere la posta sua. In diritto nostro ogni scommessa è priva di azione; in diritto romano, secondo la corretta opinione, solo quella che ha *causa inhonesta*. Tale sarebbe stata per diritto romano una *sponsio* fatta per rafforzare un debito di giuoco, come si evince chiaramente da D. 11, 5, 2, 1; 3, che qui parzialmente riferiamo: « Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo.... quod virtutis causa fiat: in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia *etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet* ».

Riassumendo, pertanto, abbiamo che sulla posta di scommessa conferita dal perdente in deposito ad un terzo il vinci-

tore non ha alcun diritto: che essa, quindi, non costituisce in alcun modo pagamento, e che il perdente ha sempre facoltà di ritirarla.

Anche nella seconda parte la sentenza ha sostanzialmente ragione, benchè la motivazione potesse fornirsi più completa e sicura. Intanto viene affatto fuori di proposito invocato qui il fr. 17, 5 cit., che ha tutt'altro significato. La *sponsio* menzionata in questo testo non è senz'altro la scommessa; la *sponsio* è invece un negozio ben più lato e di frequentissimo uso nella vita romana. La *causa inhonesta*, di cui il testo discorre, non è il dolo di una delle parti; ma è l'oggetto medesimo della pattuizione, che viene riprovato dal diritto, poichè per sè stessa la *sponsio* è validissima.

Ben dice, del resto, la sentenza che il fatto, che una delle parti avesse prima la piena certezza della cosa dedotta in iscommessa e tacesse all'altra il fondamento della medesima, basti a costituire quel *dolo* per cui, giusta l'art. 1804 del Cod. civ., si può ripetere anche l'eseguito pagamento. Il pretore ritenne come provato che il vincitore si fosse, prima di scommettere, procurato copia di un documento, che decideva tassativamente il punto controverso, tacendo di tutto ciò con l'altra parte, che, ove ne avesse avuto conoscenza, non avrebbe scommesso. Che ciò non sia conforme alla buona fede, tutti concederanno volentieri (cfr. Cod. austr., § 1270).

Ma il discorso può farsi più generale e può additarsi un altro e precipuo motivo, che nell'attuale ipotesi giustificherebbe la ripetizione del pagato. Mette conto d'insistervi, potendo anche presentarsi qualche caso pratico, in cui il contegno doloso di una delle parti non appaia evidente, eppure debbasi — a nostro avviso — concedere la ripetizione della posta pagata.

Suppongasi che le nostre leggi civili non avessero negato azione per le scommesse. Si avrebbe un contratto da parificarsi a tutti gli altri, per la cui validità ed efficacia ci si regolerebbe secondo gli art. 1104 sgg. del Cod. civ. Qui, dunque, si dovrebbero applicare anche le norme circa l'errore, il quale, cadendo sulla sostanza di ciò che forma oggetto del contratto, produce nullità. In un contratto aleatorio l'alea è elemento essenziale; ed un errore, che si riferisse proprio ad essa, dovrebbe arrecare la nullità del contratto. Così se una delle

parti ignorasse che, quanto essa ritiene controverso anche per l'altra, invece non lo è.

Chiunque fa una scommessa suppone che il competitore versi nella medesima incertezza, in cui egli versa; che argomenti in base alle ragioni medesime, su cui egli pure si fonda; che non abbia qualche sicura notizia, che tenga celata, relativa al medesimo oggetto della scommessa.

Giustamente si è visto che un contratto aleatorio riconosciuto dal diritto (s'intende un contratto, in cui l'alea forma un elemento essenziale e viene proprio dedotta in contratto) risulta nullo, se una parte non comunica all'altra circostanze pervenute a sua notizia, che siano tali da togliere o far variare notevolmente l'alea stessa, la quale, pur essendo vero elemento sostanziale del contratto, ad una delle parti non si presenterebbe o si presenterebbe in modo ben diverso che all'altra. Così dispone l'art. 429 del Codice di commercio rispetto al contratto di assicurazione. Lo Scialoja, poi, nel secondo dei suoi pregevoli *Appunti pratici* (¹), adduce opportunamente il *Preussisches Landrecht* (²), ove si dice che « in ogni contratto aleatorio entrambe la parti sono tenute a denunziare fedelmente l'una all'altra tutte le circostanze loro note al momento della conclusione del contratto, dalle quali possa dipendere in tutto od in parte l'avverarsi dell'avvenimento o l'ammontare del vantaggio, che da questa si aspetta ».

Una simile norma scende dai principii generali, e il disposto del Codice commerciale relativo alle assicurazioni non è punto di *ius singulare*, come la relazione parlamentare (n. 127) riconosce chiaramente.

Analogo trattamento, ripeto, dovrebbe avere la scommessa, se fosse riconosciuta pienamente dal diritto, poichè qui le parti gareggiano a chi meglio sa indovinare o argomentare in base alle comuni notizie e devon trovarsi quindi nelle stesse condizioni.

Se la scommessa fosse un contratto fornito di completa tutela giuridica, il pagamento eseguito dal perdente a favore del vincitore sarebbe repetibile, quando il perdente stesso di-

---

(¹) [Nella *Antologia giuridica*, IV, 1890, p. 105].

(²) Parte I, tit. XI, 6, § 539.

mostrasse di non avere avuto comunicazione di qualche importante notizia circa l'oggetto della scommessa, di cui invece l'altra parte ha approfittato. *A fortiori* devesi ammettere la conseguenza medesima, mentre la scommessa è solo imperfettamente riconosciuta dal diritto, che vieta solo la ripetizione in genere del pagamento eseguito.

E ciò indipendentemente da ogni frode o dolo del vincitore (1).

Ordinariamente vi sarà frode o mala fede da parte di chi vince; ma nè dessa è necessaria (potrebbe essere negligenza, disattenzione etc.), nè in ogni modo è dessa (pur quando siavi in fatto) la ragione vera della nullità, ma il dissenso.

Si dirà che l'art. 1804 non ammette la ripetizione del pagamento in nessun caso, quando non consti di frode o dolo da parte del vincitore e il perdente non sia minore, interdetto o inabilitato.

Io non avvertirò che l'art. 1804 parla di chi abbia volontariamente pagato; poichè il legislatore intende di riferirsi a colui che ha pagato, pur sapendo che l'obbligazione di giuoco o scommessa non è munita di azione, non già a colui che ha pagato, pur conoscendo che l'avversario era in possesso di notizie importanti a lui rimaste occulte.

Piuttosto noterò che qui non si tratta certo di una enumerazione tassativa dei casi, in cui la *repetitio soluti* è concessa. Ciò non deriva punto dalle parole: « il perdente non può in verun caso ripetere etc. », poichè il legislatore non vuol dire che solamente nei casi accennati da lui competerà la ripetizione; ma che la ripetizione non compete mai in via di regola, tanto che trattisi di semplici giuochi o scommesse (articolo 1804), quanto che trattisi di giuochi intrapresi *virtutis causa*, per cui vi è azione, ma con diritto di *taxatio* da parte del giudice (art. 1803). Dunque nè nel caso di semplice giuoco o scommessa, nè in quello di giuochi *virtutis causa* con posta moderata, nè in quello di tali giuochi con posta eccessiva: insomma in verun caso la ripetizione del pagato compete.

---

(1) D. 18, 1, 43, 2: "dolum malum... qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose [obscure] dissimulat".

Ma, se il legislatore ha poi accennato alcune precipue cagioni di ripetibilità del pagato, nulla dimostra ch' egli abbia escluso quelle altre che valgono in genere per la ripetizione dei pagamenti. Specialmente la ragione fortissima che noi sopra abbiamo esposto (1).

---

(1) In diritto comune la scommessa si ritiene generalmente valida; gli scrittori ne ammettono di regola la rescindibilità " quando una parte abbia già la certezza della cosa dedotta in iscommessa „. Altri scrittori (come il GLUECK, *Ausf. Erläuterung*, XI, p. 353 sgg. e il VANGEROW, *Pand.*, III, 973, n. 1, 5) osservano che " non sempre la scommessa devesi rescindere, qualora l' una delle parti non abbia esplicitamente dichiarato di essere certa della cosa e le ragioni per cui lo è; solo si può affermare potersi ammettere un dolo, quando chi sa di certo come stanno le cose si dà l' aria di chi dubita „. Invece di tali dottrine di così ardua applicazione, mi pare semplicissima la via da seguirsi. Una scommessa su cosa, di cui uno ha sicura notizia e non l' altro, è una *contradictio in adiecto*, poichè è essenziale al contratto che ambe le parti corrano un' alea. Se una parte ignora tale condizione favorita dell' altra, erra proprio sull' essenza del contratto e però non contratta validamente.

Si avverta pure che noi abbiamo parlato di alea per indicare il pericolo, a cui le parti si espongono dato il dubbio esistente; con ciò non vogliamo asserire che l' esito penda sempre unicamente dalla sorte, potendo concorrervi l' esperienza, la cultura, l' acume delle parti scommettenti.

Intenzione delle parti ed effetto dei negozi giuridici (*).

La relazione che corre tra l' effetto e l' intenzione delle parti in un negozio giuridico è tutt' altro che ben chiarita. Prevale nei più l' opinione che l' intenzione delle parti sia direttamente rivolta agli effetti giuridici del negozio: e qui s' incontrano quasi tutte le definizioni date dagli scrittori, per es. dall'Arndts, dal Bruns, dal Windscheid. Non mancò per altro chi tentasse scindere del tutto l' effetto giuridico dalla intenzione delle parti (1); nè chi affermasse non essere punto necessario che le parti tendano in un negozio giuridico ad effetti giuridici (2). Quest' ultima opinione fu accolta da un valorosissimo romanista moderno, il Lenel (3), il quale la temperò tuttavia alquanto, ammettendo una relazione, almeno indiretta, fra intenzione ed effetto. Egli insegna che le conseguenze giuridiche son destinate a servire agli scopi delle parti e sono subordinate a questi (4); e definisce essere negozio giuridico ogni dichiarazione giuridicamente rilevante di un privato, le conseguenze giuridiche della quale sieno destinate ad attuare la intenzione dichiarata (5). La dottrina leneliana non ebbe in Germania molti aderenti; recenti pandettisti, come Dernburg,

---

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, ser. 2ª, XX, 1888, pp. 825-832].

(1) Lotmar, *Ueber Causa im röm. Recht*, p. 15 sg.

(2) Thon, *Rechtsnorm und subiectives Recht*, p. 365.

(3) *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jhering's Jahrbücher*, 19, p. 154 sgg.

(4) Ib., pp. 163-164.

(5) Ib., p. 250.

la respinsero; altri la modificarono considerevolmente, osservando essere l'effetto giuridico ordinariamente voluto direttamente dalle parti e perciò annesso generalmente dal diritto a quella azione (1). In Italia, tale dottrina non ebbe, ch' io mi sappia, alcun dichiarato seguace: i civilisti non vi posero mente ed un romanista vi si dichiarò recisamente contrario (2). Egli combattè la dottrina leneliana in sè medesima, aggiungendo poi che ad ogni modo essa è il risultato di teorie e di indagini tra filosofiche e civilistiche, di cui il diritto romano sapeva nulla o ben poco (3). Ora a me questo non pare: e, come credo che la teoria leneliana sia per sè stessa vera, così io la credo applicabilissima al diritto romano. A tale scopo esporrò alcune osservazioni contro la critica del Perozzi.

Secondo il Perozzi (4), la dottrina leneliana sarebbe forse giusta applicata ad una società primitiva, ma è falsa applicata alla nostra, in cui il sentimento del diritto, la coscienza che certi atti originano un diritto, è generale.

Dagli avversari si confonde, a suo avviso, mancanza di volontà e coscienza di volontà (5). Io son dispostissimo a confessare che spesso le parti, pur non prefigurandosi espressamente le conseguenze giuridiche del loro operato, nondimeno implicitamente le vogliano. E forse la esposizione del Lenel non tiene sufficiente conto di questo fatto, ed offre così un lato debole alla critica. Tali obbiezioni però non offendono sostanzialmente la dottrina sua, poichè sta il fatto che molte volte le parti non vogliono neppure implicitamente le conseguenze giuridiche, senza che per questo esse non abbiano luogo. Il Perozzi intanto è costretto a riconoscere che tale è il caso per l'occupazione: si affretta (6) però a soggiungere che « questa è un' eccezione alla regola: è un principio derivante strettamente dalla legge, la quale pensò che, siccome effettivamente

(1) Per es., Eck, in Holzendorff's *Encyclop.*[4], 419 n.
(2) Perozzi, *Tradizione*, p. 195 sgg.
(3) Ib., p. 196.
(4) Ib., p. 198 sg.
(5) P. 201.
(6) P. 198.

l' occupante non fa torto a nessuno, è meglio acquisti senz' altro il diritto alla cosa ». Ma chi ha detto essere eccezionale questo trattamento e riferibile alla sola occupazione ? Se io chiudo i libri e m' attengo alla quotidiana esperienza, questa m' insegna il contrario. Facciamo l' esempio della derelizione. Tizio ignaro di diritto non vuole più — per un capriccio passeggiero — un oggetto, e in tale determinazione lo getta dalla finestra sulla pubblica via. Il Perozzi troverà che in tale atto è implicita la volontà di perdere il dominio ; io non lo credo. Poniamo che un momento dopo Tizio si penta, scenda in istrada e raccolga la cosa derelitta : saprà egli di avere perduto prima il dominio e di averlo ricuperato poi con l' occupazione ? Mi permetto di dubitarne : neppure s' immaginerà egli che la sua proprietà ha subito un' interruzione. Facciamo l' ipotesi che un terzo più lesto occupi prima la cosa ; il nostro Tizio gli correrà dietro gridando che lasci pure la sua cosa. E ciò non farà in mala fede, persuaso, cioè, che l'altro non potrà mai provare il suo *animus derelinquendi* e però il proprio diritto di occupare una *res nullius* ; ma lo farà nella opinione di avere diritto a reclamare la cosa : tanto è vero che, quando la gettava lungi da sè, non pensava neppure implicitamente al dominio ! Ma — ci si obbietterà — non voler più la cosa non equivale a non volerne più il dominio ? Rispondiamo : altro è volere quel fatto che praticamente suol risultare dalla perdita del dominio (a questo fatto suole arrestarsi l' intenzione del derelinquente) ed altro è volere la sanzione giuridica del fatto stesso. Eppure la sanzione avrebbe luogo anche per chi ignorasse tali conseguenze giuridiche.

Le osservazioni medesime si possono fare a proposito della tradizione [1]. Il Perozzi sostiene che qui l' intenzione del tradente è rivolta al trasferimento del dominio. Voler trasferire la cosa, dice egli, non significa solo volere che altri la prenda, ma vuol dire volere che altri la prenda e la tenga per sempre e la domini tutta come la dominavo io e che nessuno gliela possa togliere, neppur io. Se si toglie una sola di queste frasi, non s' avrà, a suo parere, trasferimento della cosa nel senso in cui il Lenel adoperava tale espressione ; ma, se le lasciamo

---

(1) P. 199.

tutte, troveremo che ciò che vuole il tradente è precisamente trasferire il diritto di proprietà. È verissimo che molte volte il tradente vuole tutte le cose che il Perozzi gli fa volere; e in tal caso non ho difficoltà a dire che egli (almeno implicitamente) vuole il trapasso del dominio. Ma vi hanno pur casi nella vita pratica, in cui il tradente non sa che trasmette il dominio, e quindi non può volerlo trasmettere, e tuttavia il dominio passa. Tali casi non sono ignoti al diritto romano. Ecco un esempio che mi si offre spontaneo. In D. 30, 109 pr. Africano fa l'ipotesi di un testatore, che lega *quae uxori iure donavero* o *quae uxori manumissionis causa donavero*. Evidentemente questo testatore, quando aveva donato e tràdito (poichè dal contesto appare che la donazione fu eseguita) alla moglie gli oggetti, che ora deduce in legato, non sapeva di costituirla proprietaria. Poniamo, per es., che egli ignorasse esser valide tra coniugi le donazioni a scopo di manomissione. S'egli avesse saputo che la moglie diveniva proprietaria, non avrebbe ora fatto quell'assurdo legato. Eppure la donazione si ritiene valida e invece si stima inefficace, per mancanza di contenuto, il legato. Un caso affatto simile è quello di D. 40, 5, 40 pr. In questo frammento, trattandosi della donazione di un'ancella che fa il padre alla figlia naturale, si potrebbe a tutta prima pensare che il legato avesse per fine di attribuire alla donataria, cui l'ancella fosse stata semplicemente tràdita, il dominio quiritario, e ciò specialmente agli effetti dell'ingiunta manomissione. Ma il complesso del passo, scevro manifestamente da interpolazioni, e la natura e la forma del problema mostrano che tale non era la fattispecie. Purchè, del resto, fosse trascorso un anno dalla tradizione, la donataria sarebbe già stata *domina ex iure Quiritium*.

A proposito della tradizione a titolo di donazione fra coniugi, trovo un importantissimo testo labeoniano, in cui si dice non esservi spesso differenza alcuna d'intenzione nel tradente, sia la *donatio* lecita o vietata. Il che importa naturalmente essere l'intenzione indifferente all'esistenza del negozio giuridico; sicchè, se un coniuge crede vietata una donazione che invece per le sue circostanze è lecita, e in tale erronea persuasione, che gl'impedisce di proporsi come fine la traslazione del dominio, trade, la donazione è tuttavolta efficace e passa il dominio. Cfr. D. 24, 1, 67: « Si uxor num-

mis a viro aut ab eo, qui in eius potestate esset, sibi donatis servum emerit, deinde, cum eius factus fuerit, eum ipsum donationis causa viro tradiderit, rata erit traditio, *quamvis ea mente facta fuerit qua ceterae donationes*, neque ulla actio eius nomine dari potest». A questi frammenti fa un bellissimo contrapposto il famoso testo pauliano in D. 22, 6, 9, 4, secondo il quale passa il dominio ancorchè l'acquirente, persuaso non essere proprietario del fondo il tradente, non creda di acquistarlo. Il Perozzi [1] si libera da questo passo invocando la sua dottrina della rigorosa unilateralità della tradizione; ma la maggioranza dei romanisti, che, pur riconoscendo i pregi del suo libro, non può per molte ragioni accoglierne le idee, non potrà neppure accettare tale sua spiegazione.

Se poi veniamo agli atti giuridici più frequenti della vita pratica, ai contratti, troviamo fatti assolutamente inconciliabili con l'esistenza di quella implicita volontà, di cui si ragiona:

1.° Molte volte lè parti ignorano le conseguenze giuridiche di un contratto.

2.° Molte volte le parti ignorano quale contratto conchiudono.

3.° Molte volte le parti ignorano di aver conchiuso un contratto.

Eppure in tutti questi casi il contratto non cessa di avere piena efficacia; e guai se non fosse così! E ciò pure dimostra non essere essenziale al negozio giuridico che le parti si propongano fini giuridici.

Un profano di diritto, a cui io dò a mutuo 100 lire e che poco dopo viene derubato di questa somma, potrà in buonissima fede credere di non essere tenuto a restituirmi nulla. Ciò proverebbe ch'egli era all'oscuro delle precipue conseguenze giuridiche del mutuo. Viceversa, se lo stesso profano desse a nolo un frack per una festa da ballo e il conduttore tornando nottetempo a casa ne venisse derubato, si immaginerà molto facilmente di aver diritto a farsene da questi risarcire e griderà alto che, se avesse saputo di sopportare il danno fortuito, non avrebbe mai dato a nolo il suo frack. E casi di questa natura

---

[1] P. 189 sg.

si trovano pure accennati nel *Corpus iuris*: cfr. C. 4, 38, 4 = Vat. fr. 293, 2.

Più grave è ancora il caso, non raro, in cui le parti non sanno neppure quale contratto stringono; quante volte, per esempio, persone ignare di diritto confondono mutuo gratuito e commodato, mutuo oneroso e nolo! Voci così vaghe, imprecise, come la voce « prestare », che pur sono tanto in uso nel linguaggio comune, provano che manca la coscienza della diversità di atti effettivamente così diversi (1). Tali e simili contratti si assomigliano all'occhio volgare per lo scopo pratico di procurarci per un tempo il godimento di una cosa, che attualmente appartiene ad altri; tale è lo scopo, con cui le parti addivengono a tali negozi, e il fatto, che il linguaggio comune trascura le differentissime conseguenze giuridiche e non avverte che il medesimo effetto economico, merita di essere attentamente notato (2). Le continue questioni che si fanno nelle fonti sull'azione competente in un determinato caso in seguito ad un contratto stanno in rapporto assai stretto con le cose ora ragionate. Ignorare quale azione competa significa ignorare quale sia il negozio venuto alla luce. Un esempio fra mille porge D. 19, 5, 16 pr.: « Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem. exemi nec repleo: *quaesitum est, quam habeas actionem* ». Parimenti in rapporto con questo fatto sta il fenomeno, per cui, violandosi dalle parti la forma interna, come la chiamano, di un negozio giuridico, sorge molte volte un negozio giuridico diverso da quello che le parti avevano previsto e con diverse giuridiche conseguenze (3).

---

(1) Cfr. SCIALOJA, *Locazione dell'esercizio di un fondaco*, in *Foro ital.*, VIII, 1883, 1, p. 705 sgg.

(2) Si potrebbe dire che la nozione delle diverse conseguenze giuridiche si trovi, almeno implicitamente, pur nei profani. Chi non sa, per es., che il mutuatario può consumare o alienare la cosa mutuata, mentre il commodatario non può nè consumare nè alienare la cosa commodata? Ma l'esperienza insegna che il mutuatario non sa di acquistare il dominio; all'occhio volgare il mutuatario, che spende o consuma altrimenti le cose mutuate, non si differenzia dal creditore che vende il pegno.

(3) Cfr. GLUECK, *Ausführliche Erläuterung der Pd.*, 1, 104 sgg.; ROEMER, *Conversion der Rechtsgeschäfte*, in *Archiv für die civ. Praxis*, 36, 66; ARNDTS-SERAFINI, I, § 79. Esempi anche in SCIALOJA, loc. cit.

Succede pure che le parti ignorino assolutamente di avere stretto il contratto. Tizio, per esempio, persona ignara di diritto, prega il suo amico Caio, che si reca a Roma, di portare un oggetto ad un suo conoscente, cbe ivi abita. Non s' immagina di avere così dato origine ad una figura contrattuale, e cioè al mandato. Forse che dopo si vorrà negare l' azione contrattuale per o contro lui, osservando ch'egli non aveva punto in animo di stringere il mandato tanto che di ciò ha dovuto poi essere istruito da altri ? Si dirà che noi supponiamo uomini d' ignoranza fenomenale; io credo che tali uomini non è necessario cercarli tra gli elettori dell' art. 100: si trovano pur troppo anche nelle classi più colte della società. Ad ogni modo, quando uno solo esistesse, egli basterebbe a provare la nostra tesi.

Un forte argomento trae il Lenel dalla storia del diritto, che insegna come molti negozi, e in genere molti istituti giuridici, abbiano cominciato con l' essere meri istituti di fatto senza effetti di diritto. Così, per esempio, i contratti consensuali erano frequentissimi in Roma prima che avessero giuridico riconoscimento; lo stesso dicasi dei fedecommessi prima di Augusto. I privati non potevano avere allora la mente rivolta a fini giuridici; chè niuno vuole quanto non può aver luogo. Penseremo noi forse che, riconosciuti dal diritto tali negozi, anche la volontà delle parti ricevesse un impulso affatto diverso ed una direzione tutta nuova ? O piuttosto non continuarono tali negozi, anche subbiettivamente, a compiersi come la vita li aveva plasmati ? Il Perozzi replica che la legge riconosce l' istituto precisamente quando è entrato nella coscienza comune come istituto giuridico, quando è comunemente sentito che in base a quell' atto si deve acquistare quel diritto. Io ammetto che ordinariamente, prima che la legge tramuti un istituto di fatto in istituto giuridico, sia generale il desiderio che il diritto tuteli efficacemente quei fini economici e sociali che con esso si vogliono raggiungere. Ma questo non vuol dire che le parti mirino a scopi giuridici; anzi, ciò non si potrebbe dire senza confondere l' intenzione con l' effetto, il bene economico con il diritto che lo tutela. Noi troviamo, insomma, in epoche anteriori negozi poi riconosciuti come giuridici, che funzionavano allora come oggi, pure essendo

meri istituti di fatto; e non so come si possa negare che ciò provi tendere per sè stesso il negozio giuridico a fini economici o sociali ed esser le conseguenze giuridiche solo destinate a meglio tutelare tali fini. E ciò è tanto vero che il modo, con cui tali fini vengono assicurati, è spesso molto disforme da quello che le parti si sarebbero atteso. E ciò è tanto vero che, se una parte ignorasse avere ora quel negozio giuridico riconoscimento (un tale, per esempio, tratto in inganno da un vecchio manuale o dalla lettura di non vecchie sentenze, ignora che ora dai contratti differenziali sgorga azione), e quindi non potesse volere giuridiche conseguenze, non si potrebbe perciò dall' azione respingere, se attrice, nè, se convenuta, esonerare. E questo spiega benissimo il fatto che la storia del diritto romano presenta: di molti istituti di fatto che, solo dopo essere stati compiuti, ottennero dal legislatore giuridico riconoscimento; vale a dire di negozi compiuti che ottennero la postuma qualità di giuridici. Prima che si riconoscessero generalmente i fedecommessi, si cominciò *extra ordinem* a dar giuridica efficacia a disposizioni lasciate dai defunti e quindi a negozi già compiuti, come ci è espressamente attestato (1).

Si pensi pure al caso, di cui si parla in D. 30, 113, 1. Un testatore lascia nel suo testamento la libertà al proprio servo *post tempus*, e intanto prega l'erede di fornire gli alimenti allo schiavo. Questa disposizione, per se stessa priva di giuridica efficacia, fu tutelata in forza di un rescritto di Antonino Pio, che decise doversi ottemperare alla volontà del testatore (2). Davanti a un atto compiuto, che solo tardi ed *extrinsecus* riceve giuridica efficacia, sarà difficile mantenere la dottrina, che insegna rivolta essenzialmente ai fini giuridici l' intenzione delle parti.

---

(1) Inst. 2, 23, 1: cfr. ARNDTS, *Vermächtnisse*, 1, 44 sg.

(2) Il rescritto formò poi precedente: D. 33, 1, 16. 34, 1, 15, 1.

Sulla invalidazione successiva dei negozi giuridici (*).

Si parla spesso di una « invalidità successiva » del negozio giuridico, per cui un negozio giuridico validamente conchiuso viene più tardi per effetto di nuove circostanze a perdere la sua validità: a tale fenomeno giuridico si riferisce la regola che dice: « quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur » (D. 34, 8, 3, 2), e che si trova con grande varietà di espressioni in molti passi delle fonti. Il Savigny nel suo *Sistema* (1) ha notato come non si possa stabilire un principio generale per tutti i negozi giuridici. L'applicazione della norma e i limiti di essa avevano già dato materia di dispute ai giureconsulti romani (D. 45, 1, 98 pr.; 140, 2): essi conoscevano casi, a cui la norma non si attagliava (D. 50, 17, 85, 1; Inst. 2, 20, 14): conclude pertanto il Savigny osservando che la dottrina moderna deve accontentarsi di enumerare i casi singoli, in cui quella posteriore invalidazione si verifica. La dottrina generale, a cui il Savigny ha rinunziato, fu invece tentata dal Böcking (2) e da altri: costoro hanno cioè tentato di determinare quali sieno le circostanze, il cui successivo verificarsi invalida il negozio giu-

---

(*) [In *Archivio giuridico*, 67. 1901, pp. 201-225: riprodotto con qualche modificazione, di cui è tenuto conto, nella versione italiana del *Commentario alle Pandette* del GLUECK, vv. 37-38, parte IV, pp. 137-158, nota *n*].

(1) IV, p. 552 sg.; tr. SCIALOJA, IV, p. 629 sg. Il SAVIGNY biasima specialmente l'esposizione del GOTOFREDO, *ad L.* 35, 1 *de R. I.* Il SAVIGNY è completamente seguito dal KELLER, *Pand.*, I², 60, n. 144.

(2) *Institutionen*, § 119.

ridico già conchiuso, quali invece (sebbene repugnanti alle sue condizioni di origine) permettano ad esso di continuare nell' esistenza.

Un miglioramento decisivo questo punto della trattazione generale della materia ha ricevuto per opera del Windscheid, a cui accede in sostanza il Brinz. Il Windscheid (1) ha avvertito molto bene come il semplice fatto che vengano fatti cessare o tolti di mezzo gli effetti giuridici di un negozio anteriormente conchiuso, che li ha prodotti, non possa considerarsi punto quale invalidazione del negozio stesso. Questo è stato valido ed efficace: se il diritto scaturito è poi venuto meno per nuove circostanze, ciò nulla significa per la vita del negozio generatore. Si potrà invece, a suo avviso, discorrere di una mutazione di circostanza, la quale tolga di mezzo la validità di un negozio giuridico, solo quando abbiamo una dichiarazione di volontà non atta a produrre effetti giuridici immediati, quando insomma la nuova circostanza arrivi in tempo ad impedire che il negozio conchiuso produca effetti giuridici. Tale sarebbe il caso dei negozi *mortis causa*, di quelli sotto condizione e a termine. Quale giudizio deva darsi su questa dottrina, vedremo in seguito (2).

Non mi pare invece che la monografia recente e diligentissima dello Hellmann (3), che pure si consulta utilmente per la raccolta dei materiali e per la bontà di singole osservazioni, rappresenti un progresso delle nostre conoscenze su tale argomento. Egli arriva ai seguenti risultati. Nelle fonti troviamo due principii: l' uno, che si applica agli atti di ultima volontà, dice che si hanno per non avvenuti quegli atti che sono pervenuti in tali circostanze, con cui non avrebbero potuto cominciare, e significa che tali atti non possono dopo la morte del *de cuius* esplicare la loro efficacia; l' altro, che si applica ai rapporti obbligatorii, dice che i rapporti pervenuti in circo-

(1) *Pand.*, § 82, n. 11.

(2) Essa non va confusa con quella di DONELLO nel suo *Comm. ad tit. de V. O.*, ad l. 140, 2; poichè il *negotium imperfectum* di Donello è quello che, pur avendo già prodotto gli effetti giuridici (ad es., un rapporto obbligatorio), non ancora è pervenuto *ad suum finem et effectum, ad exitum et finem constitutum,* ossia al resultato pratico degli effetti medesimi.

(3) In *Archiv für die civ. Praxis,* N. S., XL, pp. 363-439.

stanze, in cui non avrebbero potuto formarsi, si risolvono. Tali principii non sono neppure nella rispettiva cerchia assoluti, ma si riferiscono solo ad alcune circostanze. Nel rimanente, e cioè nel campo dei diritti reali e di famiglia, vale invece la norma contraria: *ut quae semel utiliter constituta sunt durent*, sebbene mutino poi le circostanze.

In un punto tuttavia io credo che si debba dare ragione allo Hellmann, ed è quello su cui egli ha forse meno insistito: vale a dire nella contrapposizione fra atti di ultima volontà e atti fra vivi. Il Windscheid assieme a quelli pone gli atti condizionali e a termine. Io credo che così si ricaschi in una confusione dannosa alla sicura intuizione dei rapporti ed alla esegesi dei testi. L'atto condizionale non produce effetto che al verificarsi della condizione, al quale momento solo si perfeziona: un mutamento di circostanze in questo momento impedisce al negozio di perfezionarsi, e quindi non si può discorrere nè di successiva invalidazione dell'atto giuridico, nè di cessazione degli effetti giuridici dell'atto, ma piuttosto di impedita formazione del negozio (1). L'atto a termine in via ordinaria produce subito effetti giuridici, se anche ne resta dilazionato l'esperimento effettivo: esso pertanto si può sottoporre alla stessa norma degli atti puri.

Solo dove il termine veramente sospende gli effetti, come sarebbe in una tradizione a termine sospensivo, può ritenersi che si abbia una figura paragonabile a quella degli atti a causa di morte.

Invece gli atti di ultima volontà, ed in particolare le istituzioni, i legati e i fedecommessi, offrono questa speciale configurazione, che sono atti perfetti e compiuti con il testamento o con l'altra disposizione che ne tenga le veci, che fin d'ora possono esplicare una certa efficacia (revoca di un testamento anteriore, traslazione di legato etc.), ma che non possono produrre i loro effetti principali (delazione del titolo, creazione di diritti reali od obbligatorii) prima della morte del disponente. Qui è dunque possibile che un fatto posteriore alla

(1) Tale osservazione si collega con il modo di considerare il negozio condizionale; vedi le mie *Pandette*, §§ 132, 146, 147. Cfr., ad es., il modo di esprimersi di D. 46, 2, 14 pr. 1.

valida conclusione del negozio lo venga ad invalidare, togliendogli la forza di produrre i suoi effetti giuridici positivi.

Quando ciò avviene? È possibile una spiegazione ed una distinzione razionale, o dobbiamo rinunciare a qualunque più recondito fondamento e accontentarci di enumerare i singoli casi attestati dalle fonti? È prudenza di metodo cominciare con l'esame dei singoli casi: vedremo poi se sia possibile assorgere ad un principio sistematico.

La *capitis deminutio* del testatore, che intervenga *post factum testamentum*, rende irrite le istituzioni e i legati, nè vi è luogo a distinguere se il testatore *ante mortem* riacquisti o no la qualità perduta.

Quindi l'atto rimane invalido, ancorchè il testatore recuperi prima di morire la libertà, la cittadinanza e lo stato di *sui iuris*, che nel frattempo avesse perduti [1]. E per vero è la modificazione intervenuta nel soggetto, che non è più quello di prima, la vera ragione dell'annullamento *iure civili* del testamento *iure factum*: tant'è che il testamento del *filius familias miles*, che ha disposto del peculio castrense, vale dopo la sua emancipazione solo *iure militari*, e cioè *quasi ex nova voluntate* (D. 29, 1, 22). Però, se il testatore *ante mortem* ricupera lo stato perduto e muore quale cittadino atto a testare, il suo testamento *iure praetorio* può dar luogo alla *bonorum possessio secundum tabulas*, la cui efficacia dipende dall'esservi o no altri eredi *iure civili*. Questo punto è almeno certo per il caso di *minima capitis deminutio* (cfr. Gaio 2, 147, soprattutto le parole « in adoptionem se dedit *et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit* », donde è ben lecito argomentare a contrario) [2]; meno sicuro nei casi di *media* e *maxima deminutio*: qui è possibile che lo stesso pretore non tenesse in verun conto il testamento anteriore [3].

Nel diritto giustinianeo (sebbene in Inst. 2, 17, 6 [5] si seguano da vicino le orme gaiane) questo punto di diritto deve

---

[1] Qui non si intende accennare al caso di postliminio.

[2] Si avverta bene che Gaio stesso accentua che l'*inritum fieri* per *capitis deminutio* ha luogo *iure civili* (Gai. 2, 145).

[3] L'opinione generale è però che la *bonorum possessio secundum tabulas* venisse sempre concessa. Vedi per tutti Leist in Glueck, *Pand.*, 37-38, IV, p. 175 sg.

sostanzialmente ritenersi mutato. Un testamento pretorio distinto dal testamento civile non esiste più (C. 6, 23, 29; Inst. 2, 10, 3); la *bonorum possessio secundum tabulas* non è ormai che un rimedio dato a chi *iure heres scriptus est* (Inst. 3, 9, 3).

Ciò significa che in fondo non si bada più (l' accenno restrittivo in D. 28, 2, 12 pr. mostra solo che il passo fu inserito con poca riflessione) al mutamento avvenuto nella condizione giuridica soggettiva del testatore nel tempo intermedio, purchè egli avesse *tempore testamenti facti* e *tempore mortis* la *testamenti factio* attiva: cfr. D. 37, 11, 1, 8. Una eccezione si deve fare per il caso che la *capitis deminutio* derivante da un atto volontario *(adrogatio)* possa considerarsi come implicante una revoca: in tal caso può opporsi una eccezione di dolo allo *scriptus heres qui possessionem petat*: cfr. D. 37, 11, 11, 2 (1).

La carenza della *testamenti factio* passiva dell' istituito o dell' onorato al momento della morte del testatore (o al momento dell' avverarsi della condizione) rende irrita la disposizione relativa. In questo caso le vicende intermedie non influiscono neppure *iure civili* sulla validità della disposizione: quello che si richiede (per la validità del negozio e l' esplicazione degli effetti giuridici) è che tale attitudine subbiettiva esista e al momento del testamento e a quello della morte: « id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti ut constiterit institutio et mortis testatoris ut effectum habeat » (2). La stessa regola vale per i legati, cfr. Celso D. 28, 5, 60 (59), 4: « Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit: aut, si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit. idem et in legatis et in bonorum possessionibus ». A torto questo

---

(1) D. 29, 7, 8, 3 non è scevro di interpolazioni. A mio avviso va preferita la lezione fiorentina all' aloandrina: il testo restituito con le necessarie integrazioni appare con quella più perspicuo: " nam et testamentum ⟨iure praetorio⟩ valet. sed si eo tempore eos fecit etc. „. Così non arreca più contraddizione quanto segue: " huius autem testamentum (scil. iure civili) sublatum est „.

(2) D. 28, 5, 50 (49), 1. Sul " terzo tempo „ ivi menzionato, cfr. FADDA, *Concetti fondamentali del dir. ered.*, I, lezioni 1899-1900, p. 188 sg.

punto è stato negato dallo Hellmann [1], il quale ritiene che il legato si infirma, se l'onorato perde nel periodo intermedio la *testamenti factio* passiva, sebbene poi la ricuperi *ante mortem* del testatore. Egli spiega il passo citato per effetto della restituzione avvenuta mercè l'*indulgentia principis* (come in D. 28, 3, 6, 12); senza però considerare che Celso discorre solo di un *redire*, che implica cessazione della pena e riammissione nella cittadinanza, nè punto accenna a restituzione *in integrum*, che poteva anche non andare congiunta con quella, soprattutto nella ipotesi di indulti generali. Nè si vede alcun motivo di un diverso trattamento di eredi e legatarii. Lo Hellmann si fonda su D. 34, 8, 3, 2, dove si dice che, se taluno lega al servo altrui e poi lo acquista, *legatum exstinguitur:* « nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur ». Qui l'estinzione del legato è fatta dipendere dall'acquisto dello schiavo, che, diventando proprietà del testatore, non è più atto a essere *sine libertate* onorato di legato: non è punto accennato che il legato si possa convalidare, se *ante mortem* lo schiavo passa in altre mani o viene manomesso; anzi, il motivo addotto della *exstinctio* è tale da far piuttosto propendere per l'opposta sentenza. Tutto questo non si vuol negare; ma non parmi che importi molto per la presente questione. Non è il semplice fatto, che lo schiavo perde quella *testamenti factio* a lui partecipata dal domino estraneo, quello che qui fa cadere il legato; è piuttosto la posizione illogica e contradittoria che viene ad assumere il legato, giacchè esso viene a significare un legato a favore dell'erede per il caso e nella misura che diventi erede (e quindi domino del servo ereditario): concezione affatto assurda per i giuristi romani. La stessa motivazione prova che il giurista non si preoccupa tanto della mutata attitudine subbiettiva in sè considerata, quanto di tutta la trasformazione che si compie delle circostanze oggettive.

L'*agnatio postumi praeteriti* rompe, come esprime efficacemente la frase romana, il testamento precedente. Se il postumo fosse premorto al testatore, il testamento doveva considerarsi valido dai proculiani, i quali opinavano perfino che

[1] Loc. cit., p. 381 sg.

esso fosse valido, qualora il testatore avesse preferito un *suus heres* già esistente, se questo *ante mortem (testatoris) interceptus sit*, per la ragione che essi non vedevano nella menzione del *suus heres* un requisito essenziale per la validità del testamento *(existimant... non statim ab initio inutiliter fieri testamentum)*, quanto nella mancanza di quella un ostacolo all' esplicazione degli effetti di questo *(impedimento eum esse scriptis heredibus)*: Gai. 2, 123. Ma la contraria dottrina dei sabiniani prevalse. Tuttavia fu riconosciuto che, se fosse nato un *postumus* « vivo testatore » e fosse premorto a questo, gli eredi scritti potessero chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* (D. 28, 3, 12 pr.): ciò che per il diritto giustinianeo viene a significare che il testamento non è invalidato e che non si ha neppur qui riguardo a quanto è avvenuto nel tempo intermedio.

La morte dell' istituito o dell' onorato prima della delazione rende vana, come è risaputo, la relativa disposizione.

Un mutamento oggettivo avvenuto prima della delazione rende inadempibile la prestazione ingiunta nel legato o nel fedecommesso. Ad es., è lasciata una servitù prediale a favore di un fondo e questo intanto viene parzialmente alienato: ovvero il legato di un fondo a favore del quale è legata una *servitus viae* si riduce *propter legem Falcidiam* in conseguenza delle condizioni del patrimonio nell' ultimo momento della vita del testatore: D. 35, 2, 49, 1. Così pure se in un legato *per damnationem* di *res certa* il legatario ne acquisti prima della delazione per altra via la proprietà (dopo Giuliano: almeno se trattasi di altro titolo lucrativo). Cfr. Inst. 2, 20, 6: « Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit.... ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest ». In questo passo, che deriva certamente da un giurista classico e verosimilmente dalle Istituzioni di Marciano, non si accenna punto a che un nuovo mutamento di circostanze *ante diem cedentem* possa salvare l' efficacia del legato. Per i romani non può infatti costituire oggetto di una *obligatio dandi* una cosa che sia in proprietà del creditore: con il pervenire della cosa nel dominio di questi, il rapporto si estingue, e non importa che tale dominio venga poi meno. Tale effetto si avvera, però, ancorchè la cosa pervenga al legatario prima che sia deferito il legato *(vivo testatore)*: nel caso di acquisto non lucrativo il legato

perdura nel senso che si può tuttavia chiedere la cosa ottenendo l' *aestimatio*, che verrà calcolata in rapporto ai sacrifizi fatti dal legatario medesimo.

Un così rigoroso trattamento si dovette però restringere, a mio avviso, al legato *per damnationem*, giacchè qui non può sussistere la funzione di procurare formalmente il dominio che già per altra via sia stato ottenuto. Ma già il *legatum sinendi modo* e il fedecommesso, che mirano non tanto alla *datio* formale, quanto al fine di agevolare praticamente l'acquisto, potevano a mio avviso perdurare nella loro validità, sebbene *vivo testatore* il legatario ottenesse lucrativamente la proprietà, qualora egli più non l'avesse *die cedente*. Per il *legatum sinendi modo* non sono possibili che argomentazioni indirette [1]; ma per il fedecommesso si può addurre l'argomento testuale di D. 32, 21, 1, dove si legge: « Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, *ex causa lucrativa inventum*, extingui placuit ». La frase adoperata indica manifestamente che l'oggetto lasciato per fedecommesso trovasi tuttavia nelle mani del fedecommissario all'epoca, in cui *dies cedit*. È poi da ritenere che questa sia la regola per diritto giustinianeo in seguito alla fusione dei legati e dei fedecommessi.

Molto disputato era invece fra i giureconsulti romani il caso seguente. Come è noto, è nullo il legato di ciò che per altra via è già dovuto al legatario, ove nessun vantaggio o aumento importi la disposizione testamentaria. La ragione principale di tale regola devesi cercare nell' economia dei rimedi giuridici, per cui non si può avere fra le stesse persone una pluralità di obbligazioni dirette al medesimo oggetto e scopo. Potrebbe però avvenire che quel vantaggio arrecato dal legato in confronto della precedente obbligazione, che sussisteva al tempo del testamento e che salvava l'utilità del lascito, venga poi meno per il mutare delle circostanze, vivente ancora il testatore. Fu ad esempio lasciato puramente quanto era dovuto sotto condizione o a termine; ma durante la vita del testatore il debito si è purificato, verificandosi la condizione o arrivando il termine. Sarà tuttavia valido il legato? Papiniano, parlando di un lascito puro di quanto era stato promesso alla *civitas*

---

[1] V. le mie *Ricerche sul legatum sinendi modo* [in *Scritti*, IV].

con una *pollicitatio* a termine o sotto condizione, dice che la disposizione è valida, « nec si vivo testatore dies venerit aut condicio fuerit impleta, fiet irritum quod semel competit » (D. 35, 2, 5). Papiniano adopera la locuzione generica *verbis legati vel fideicommissi*: nè pare che qui si debba sospettare un' alterazione.

Al contrario Paolo nelle Questioni (D. 31, 82 pr.), dopo avere riconosciuta la validità di un legato che il debitore fa al suo creditore di quanto gli deve *post annum*, dice che, « si vivo testatore annus superveniat, dicendum erit inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio ».

Al contrario non « tollitur petitio, si interim (dopo il *dies cedens*) annus supervenerit: nam sufficit, quod utiliter dies cessit ». Si tratta dunque di un fatto capace di invalidare il legato prima della sua delazione; non di togliere l' effetto (obbligazione), che dopo la delazione già siasi verificato. In quest' ultimo caso valgono per Paolo le regole generali sul concorso delle azioni. Nelle Istituzioni 2, 20, 14 si trova il passo seguente, tolto da Marciano: « quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem: quodsi vivo testatore dies venerit aut condicio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit ». L' eccellente latino non permette di dubitare che qui abbiamo una fedele riproduzione; ciò che conferma che Papiniano parlasse veramente in termini generali. È dunque da ritenere che vi fosse un dissenso fra i giuristi, tanto più che il testo delle Istituzioni soggiunge immediatamente: « quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium exstinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest ». Le parole sono apparentemente state alterate dai compilatori o tolte da altra fonte o forse da altro contesto. Marciano verosimilmente si accontentava di notare la diversa sentenza di taluni giuristi.

Invece consta che non restano invalidate le disposizioni testamentarie, se il testatore dopo il testamento diventa pazzo, sordo o muto, o viene interdetto come prodigo: Inst. 2, 12, 1: « neque testamenta recte facta .... postea furor interveniens peremit »; D. 29, 7, 8, 3: « licet enim is (mutus) testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est »; D. 28, 1, 18 pr.: « quod tamen inter-

dictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit », cfr. Inst. 2, 12, 2-3. Parimenti non nuoce alla validità del testamento la sopraggiunta incapacità di un testimonio: D. 28, 1, 20, 4; 22, 1: « condicionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore: si igitur, cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit ». Questi e altri passi non permettono di accedere all' opinione del Köppen, che qui, come in parecchie delle ipotesi surriferite, il testamento si tenesse fermo solo *iure praetorio* agli effetti di una *bonorum possessio secundum tabulas* (1).

Possiamo dunque riassumere. Gli atti di ultima volontà si considerano conchiusi con la perfezione del testamento o dell' atto corrispondente (codicillo, *adsignatio*), sebbene non esplichino il loro effetto positivo prima della morte del disponente (2). Da ciò deriva che, al momento in cui la disposizione è fatta, deve esserci nel disponente la facoltà giuridica e naturale di disporre; nella persona, a cui la disposizione si riferisce, la facoltà di ricevere; nell' oggetto della disposizione l' attitudine giuridica correlativa. La disposizione in altri termini (salvo il caso di condizione sospensiva, per cui va modificato quanto si è detto circa l' oggetto relativo) è trattata, come se dovesse andare subito in vigore. Se poi *tempore mortis*, quando essa realmente esplica la sua efficacia, l' onorato fosse privo della *testamenti factio* passiva o l' oggetto fosse giuridicamente inammissibile per circostanze, che hanno mutato la situazione rispettiva, è chiaro che quell' efficacia non si esplicherà e che l' atto rimarrà invalidato. Se per mutamento di circostanze *mortis tempore* il disponente fosse privo della *testamenti factio* attiva, sembra che tale evento non debba nuocere ad una disposizione che è stata validamente ordinata e che non ha ostacolo, nè nella persona del destinatario nè nella oggettiva condizione delle cose, alla sua attuazione.

Ed è invero questa l' opinione dei giuristi romani: non solo quando il testatore abbia perduto la naturale idoneità

---

(1) *Jhering' s Jahrb.*, XI, 222: confronta in contrario anche il LEIST, op. cit., 37-38, IV, 172.

(2) L' effetto *privativo*, che possono subito produrre tali atti, rimane in ogni caso fermo.

(sordità, mutismo, pazzia), ma pur quando sia stato privato della giuridica attitudine a disporre *(interdictio prodigi)*: correlativamente le mutazioni naturali o giuridiche nella soggettiva posizione dei testimoni punto non infirmano il testamento *recte conditum*. Questo è, data la fondamentale concezione romana, naturalissimo: non distinguendosi il *testamentum conditum* da qualsiasi altro *negotium gestum* (Inst. 2, 12, 1). Ma diverso è il caso, in cui il testatore ha subito una *capitis deminutio*: qui non solo si è perduta, o scemata o mutata, la capacità di disporre, ma è sopravvenuta una modificazione nel soggetto, che toglie ogni valore giuridico alla volontà già dichiarata.

Spiegati così — e parmi soddisfacentemente — questi varii punti, resta da considerare se si trovi una regola generale per quei mutamenti contrari ai requisiti della validità della disposizione, che si avverano dopo il testamento, ma si rimuovono di nuovo prima della morte del testatore. Se il destinatario perde la *testamenti factio* passiva in questo periodo intermedio e poi la ricupera, non vi ha ragione per negare efficacia alla disposizione: egli prima della delazione non può avere acquistato e, per conseguenza, neppure perduto alcun diritto: quando è arrivato il momento, in cui il negozio può esplicare la sua efficacia, egli è in grado di acquistare il diritto di cui si tratta. Egli prima nulla ha operato, nè quindi è da temere che le vicende relative alla sua persona possano avere coinvolto un atto, a cui non ha punto partecipato. Non così, invece, se è il disponente che abbia perduto la *testamenti factio* attiva, pur ricuperandola *ante mortem*, in forza di *capitis deminutio*. Giacchè la dichiarazione di volontà ha valore giuridico corrispondente alla condizione del soggetto e lo perde, se la personalità di questo tramonta o si muta, nè può quello che è distrutto per cambiare di eventi rivivere [1]. Se tuttavia già nel diritto classico in via indiretta (diritto pretorio) e limitatissima (ove non esistano eredi civili) le istituzioni vengono in tale ipotesi tenute ferme, se nel diritto giustinianeo si può dire senz'altro che esse sono riconosciute valide, ciò dipende dall'obliterarsi del significato genuino della *capitis deminutio*:

---

[1] Un parallelo oggettivo vedi in D. 7, 1, 36 pr.: per la cui intelligenza vanno tenuti presenti i requisiti del legato *per vindicationem*.

simili eventi si considerano ormai in quanto collocano il soggetto in una condizione di inidoneità giuridica, non in quanto tolgono o mutano la personalità. Sicchè nel diritto nuovo, se tali condizioni perduranti fino al *dies mortis* impediscono la efficacia della disposizione, è solo perchè esse implicano la perdita dei diritti patrimoniali o del *commercium* coi cittadini.

Nel caso poi di impossibilità giuridica della prestazione, la dottrina rigorosa, che il rimuoversi *ante mortem* dell' ostacolo sopravvenuto *post testamentum conditum* non giova alla validità della disposizione, sembra essersi mantenuta nel diritto giustinianeo. Il concetto è che non può sussistere un apparato giuridico, la cui funzione sia inammissibile, quantunque non sia destinato ad operare immediatamente: tolto di mezzo l' apparato, è ovvio che la funzione stessa non si potrà più, neppure in seguito a mutamento di circostanze, esplicare. Così si spiegano i casi del legato fatto al servo che diviene proprio del testatore, del fondo a cui è destinata una servitù parzialmente alienato, della *species* venuta nel frattempo per titolo lucrativo in dominio del legatario e — senza dubbio — della specie uscita nel frattempo dal commercio, sebbene più tardi o esca da quel dominio o rientri nel commercio stesso. Se tale trattamento non fu concordemente applicato al *legatum debiti* nella speciale ipotesi del § 9, ciò dipende dal fatto che per taluni giuristi il legato di quanto era già altrimenti dovuto non era tanto escluso per assoluta ripugnanza di funzione, quanto per la sua superfluità. Non è quindi il caso di parlare di prestazione impossibile (dato questo concetto) e, una volta che il legato ha potuto sorgere, non c' è ragione di farlo cadere se viene eliminata per caso la sua speciale utilità. Marciano dice che qui non occorre applicare la regola, per cui è estinto il legato, che *in eam causam* (situazione oggettiva) *pervenit, a qua incipere non potest*; mentre Paolo è di più rigido avviso. La funzione del legato diventa proprio a suo credere, in quella ipotesi, inammissibile.

L' *adgnatio postumi* ha dato origine a un simile dissenso. Per taluni la trascuranza dello *heres suus* non è ragione di invalidità iniziale (e quindi neppur succedanea) della istituzione: questa viene bensì meno se tale erede è *in rerum natura* (se non *in rebus humanis*) al momento della morte del testatore; ma, se egli non esiste, la disposizione vale, giacchè

il suo contenuto positivamente considerato è lecito e possibile e si tratta solo di un requisito estrinseco e negativo. In altri termini: chi ha o può avere un *suus heres* può, omettendolo, istituire erede chi voglia: l' istituzione sarà valida se in effetto non lederà i diritti di un *suus.* Il concetto opposto prevalse. Ma quella ragione non trascurabile, che l'illiceità dipende non dal positivo contenuto della disposizione ma da un riguardo estrinseco, ha agevolato l' indiretta e limitata sanatoria *ex edicto* e la diversa posizione del diritto giustinianeo.

I risultati ottenuti mostrano quanto sia ingiustificato il mettere nella categoria medesima gli atti *mortis causa* e gli atti condizionali. Appunto perchè questi ultimi non sono perfetti *ante condicionis eventum*, l' impossibilità oggettiva, che sussista *ab initio* o che poi si verifichi, non osta alla validità del negozio, qualora prima del verificarsi della condizione venga rimossa. Si può legare *sub condicione* la cosa già appartenente al legatario come il creditore può stipulare *sub condicione* la cosa propria [1]. La regola vigente nel diritto classico [2], che nella tradizione condizionata la pazzia o la morte del tradente verificatesi *ante condicionis eventum* impedivano il transito del dominio, urta direttamente contro i principii messi in chiaro per gli atti a causa di morte.

Riguardo al primo punto è da avvertire come Marcello, dopo avere detto che a suo avviso io posso « id quod meum est sub condicione stipulari » e « viam stipulari ad fundum, quamquam interim fundus non sit meus », soggiunge (D. 45, 1, 98 pr.) che, se si opinasse diversamente, una stipulazione condizionale dovrebbe per logica conseguenza subito dileguarsi *(confestim peremeretur)* se durante la pendenza acquistassi il fondo a titolo lucrativo ovvero alienassi il fondo, senza attendere che le circostanze si mutassero, *ante condicionis eventum.* Dunque, da ciò che è possibile e lecita la dichiarazione iniziale, arguisce il giurista che essa non è tolta di mezzo da mutamenti oggettivi durante la pendenza e viceversa, confermando indirettamente, ma molto efficacemente, le cose già esposte.

---

[1] Cfr. le mie *Pandette,* § 146, p. 190.

[2] *Pand.* cit., § 147, p. 193 n. 2.

Notevole si è come Marcello, per sostenere questo suo modo di argomentare da un fatto all'altro (per trarre dall'inopportunità di questo una dimostrazione pratica della sua tesi), aggiunge: « et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere ». Tale modo di esprimersi non deve però far ritenere che i principii, come tali, fossero controversi. Essi erano, come appare dai varii testi, concordemente ricevuti. Era sulle singole applicazioni che sorgeva disputa. Noi abbiamo infatti veduto che l'*adgnatio postumi* e il *legatum debiti* offrivano materia di discussione, non per il valore del principio in sè, ma per essere dubbia l'esistenza dei suoi requisiti. Marcello con quella frase vuole appunto riferirsi a coloro che erano più facili all'applicazione di quel principio, che nella presente questione è applicabile solo ipoteticamente, per dimostrare che la teoria di esigere nel negozio condizionale *a priori* tutti i requisiti oggettivi poggia sul falso.

Se noi ora lasciamo in disparte gli atti *mortis causa* e per le ragioni suesposte non teniamo conto dei negozi condizionali, e consideriamo quegli atti i quali esplicano dopo la loro perfezione il loro effetto giuridico particolare, dobbiamo evidentemente concludere che qui non si può parlare di una invalidazione successiva; infatti, qui l'effetto si è prodotto, e *quod factum est infectum fieri nequit.* Non è tuttavia inopportuno distinguere fra gli atti che producono rapporti obbligatorii e quelli che producono diritti di altra natura. Giacchè fra le due categorie di diritti vi ha una importantissima differenza: l'obbligazione ci assicura il conseguimento di un vantaggio mercè l'altrui prestazione, i diritti reali e di famiglia presuppongono invece che già il vantaggio ci appartenga e lo tutelano (1). La obbligazione è un rapporto di tensione, non di equilibrio: può quindi avvenire che, mentre il rapporto dura, un evento lo venga a disturbare e interrompere. Qui non si discorrerà di reazione dell'evento sul negozio già compiuto, che ha avuto la sua esplicazione; ma sì di influenza di esso sul rapporto, che ne è scaturito: « placeat extingui *obligationem*, si in eum casum

(1) V. le mie *Pandette,* § 90, p. 124 sg.

inciderit, a quo incipere non potest » (D. 45, 1, 140, 2). E, se Modestino, parlando di un caso di questa natura, usa la frase *corrumpi stipulationem* (D. 8, 1, 11) e Paolo l'altra analoga *evanescit stipulatio* (D. 45, 1, 83, 6; 136, 1), non si esprimono con la desiderabile esattezza, quantunque praticamente sia vero che in tal guisa la precedente stipulazione perde la sua utilità: perde infatti il suo effetto mediato.

Nel citato fr. 140, 2 Paolo espone alcune osservazioni sui limiti della regola così formulata: esse hanno già dato materia a giuste critiche [1], e invero non potrebbero essere più infelici. Che la formulazione sia troppo lata *(hoc tamen non in omnibus verum est)*, è certissimo; poichè altri sono i requisiti per la validità del negozio giuridico generatore ed altri i fatti che possono far cadere l'obbligazione prodotta. La capacità naturale di obbligarsi si richiede per quello, non per mantenere viva l'obbligazione già nata (Inst. 2, 12, 1: cfr. D. 23, 1, 8), ed è ovvio ritenere che la successiva interdizione per prodigalità non abbia ad infirmare le obbligazioni già costituite [2]. Si è addotto pure, come prova che quella formola è troppo ampia, il fatto che l'impossibilità successiva di prestazione, derivante da colpa del debitore, non lo libera dall'obbligazione, e si può con qualche cautela accettare anche questo esempio. Finalmente si è osservato che una donazione (e quindi nei limiti della sua efficacia una promessa donatoria) non si invalida per il fatto che fra le parti sussegue matrimonio; mentre sarebbe invalido un simile negozio *inter coniuges* (D. 39, 5, 31 pr.).

Nessuno di questi argomenti è addotto nel citato passo da Paolo. Egli osserva che, se io stipulo una *servitus viae* e muoio lasciando due eredi, l'obbligazione non si distrugge, sebbene *stipulari viam iter actum ad fundum communem socius non potest*. Ma può il defunto autore, proprietario esclusivo di tutto quel fondo che ora spetta in comune ai due eredi, paragonarsi ad un condomino di fronte ad essi? Non c'è senso a stipulare una servitù *pro parte fundi*, e quindi il condomino che non dispone che di una *pars* non può stipularla: bensì

---

(1) Vedi DONELLO, *Comm. ad h. t.*, ad l. 140, 7.
(2) Cfr. HELLMANN, op. cit., p. 412.

possono farlo tutti i condomini, i quali insieme rappresentano appunto quella potestà assoluta che competeva al defunto. Peggio ancora si va con il secondo esempio. Non si può acquistare una servitù *pro parte dominii*: però una servitù acquisita al fondo si mantiene ancorchè *pars praedii .... alterius domini esse coeperit*. Qui si tratta della conservazione della servitù, non della conservazione dell' obbligazione: se la servitù non fosse costituita, ma solo esistesse l' obbligazione di costituirla, questa, nella ipotesi trattata da Paolo, verrebbe meno, come del resto attesta il giurista medesimo (fr. 136, 1 h. t.). Il passo è tolto dal libro 3° di Paolo *ad Neratium*, ed ha tutta l' apparenza di una chiosa critica ad una proposizione contenuta nel testo neraziano: in tal caso, la nota sottigliezza del commentatore non è stata buona consigliera.

Esempi di obbligazioni che vengono meno per la successiva mutazione delle circostanze non mancano nelle nostre fonti. Già abbiamo considerato il caso di chi « fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet » (D. 8, 1, 11. 45, 1, 136, 1): un altro caso evidente è quello in cui la cosa dedotta in obbligazione pervenga per altra causa pienamente e stabilmente (e, dopo Giuliano, a titolo lucrativo) al creditore. Cfr. D. 44, 7, 17: « omnes debitores, qui speciem [ex causa lucrativa] debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset »; D. 45, 1, 83, 6 etc. Non mi diffondo su questo punto molto interessante, perchè già altrove me ne sono largamente occupato (1). Solo per la maggiore evidenza giova ricordare che in una obbligazione alternativa il pervenire di una *species* al creditore concentra l' obbligazione stessa, e la *species* medesima non può più essere prestata con effetto solutorio. Del resto, rimando alle trattazioni speciali.

Questi due esempi non sono che particolari configurazioni di un fenomeno più generale, ossia della sopravvenuta impossibilità giuridica della prestazione. Come non è possibile costituire *pro parte* una servitù, o dare la cosa a chi già ne ha il pieno dominio, così non è possibile dare la cosa che intanto

---

(1) Vedi da ultimo *Pandette*, § 516, p. 649 sg. [e più oltre in questo volume].

sia uscita dal commercio [1] o sia perita. Parimenti, se taluno si fosse obbligato ad un lavoro (per es., l' asportazione di materiali ingombranti), il cui risultato siasi intanto avuto per causa naturale (per es. una inondazione), non c' è dubbio che tramonti l' obbligazione.

Tale impossibilità dissolve l' obbligazione, ancorchè sia possibile la sua rimozione in futuro. Può essere che la *species* torni ad uscire dalle mani del creditore, che questi ricuperi la *pars fundi* alienata, che la cosa sacra ridiventi profana o il liberto ricada in schiavitù: tutto ciò non basta a mantenere viva l' obbligazione e neppure — ove tali aspettative si verifichino — a farla rivivere. È però da notare come alcuni giuristi romani abbiano sostenuto una contraria dottrina: riguardo a Sesto Pedio abbiamo la precisa attestazione di Paolo (D. 45, 1, 83, 5). Pedio argomentava per analogia da alcuni casi universalmente ammessi. Se io stipulo una nave e il domino (non debitore) la disfa, scomponendola nei suoi materiali, non v' è dubbio — osservava Pedio — che la cosa sia giuridicamente perita e che per conseguenza la prestazione sia impossibile; ma se lo stesso domino ricompone con gli stessi materiali la nave *(iisdem tabulis compegerit)*, non si dovrà dire che il debitore *inciperet obligari?* Paolo fa a questa osservazione una obbiezione, che nei Digesti suona così: « et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit ». Bisogna pur dire che il testo sia stato non poco alterato: non solo l' infelice sintassi dell' ultima frase, ma lo stesso ragionamento claudicante ne sono prova. Per ammettere l' identità della *navis* ricostruita si invoca il permanente proposito di ricostruirla; per ammettere l' identità della casa riedificata si

---

[1] D. 45, 1, 83, 5: " ... cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit ".

esige che non sia stata del tutto disciolta la casa precedente! E tutto ciò dopo avere con la voce *sicut* indicata l'analogia!

Il vero si è che la nuova nave è identica all'antica quando non sia stata disciolta anche la *carina* (qui non si considera il caso del *particulatim reficere,* che non importa alla presente questione), precisamente come la casa nuova è identica alla antica, se questa non fu totalmente abbattuta; in ambo i casi poi nulla importa che siansi per la ricostruzione adoperati o no i medesimi materiali. Ma, siccome una obbligazione può riferirsi anche ad una *res futura,* nulla vi è di impossibile a che essa comprenda una cosa nuova che si possa ritenere succedanea dell' antica. Perchè siavi tale rapporto e la cosa nuova possa avere tale carattere, è necessario che il disfacimento della cosa precedente avesse luogo con il proposito di rifare con gli stessi materiali la nuova; in tale ipotesi la cosa nuova può, se non a rigore giuridico, praticamente considerarsi siccome la continuazione della precedente: *quia eadem navis esset.* Questo avrebbe dovuto dire Paolo e questo avrà detto molto verosimilmente nel passo, di cui ora non abbiamo che i ruderi alterati [1].

Altro esempio scelto, ma meno opportunamente, da Pedio era il seguente: « si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem ». Al posto di *stipulationem* va in ogni caso emendato (non nel testo, ma nel pensiero) *obligationem.* Il perimento delle cento anfore di vino prodotte dal fondo indicato rende impossibile, dice Pedio, la prestazione; ma in seguito al ricavo di un nuovo prodotto la obbligazione ripiglia efficacia. Risponde bene Paolo che qui la prestazione non è mai divenuta impossibile, trattandosi d' una obbligazione di genere: « vini autem non speciem sed genus stipulari videmur et tacite in ⟨stipulatione?⟩ tempus continetur ».

---

[1] La dottrina delle obbligazioni intermittenti ebbe qualche applicazione per opera dei proculiani, per es. alla dottrina delle azioni nossali. Cfr. Gai. 4, 78: " si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi et is postea in mea esse coeperit potestate . . . diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam *resuscitari* ".

Rimane quindi ammesso che l'impossibilità della prestazione (di cui secondo le norme dell' obbligazione relativa il debitore non debba rispondere), sopraggiungendo dopo che l'obbligazione è nata, la fa estinguere, senza che si tenga conto del fatto che sia possibile la futura rimozione dell' ostacolo.

In quanto al mutamento delle condizioni subbiettive, è da ritenere che l'obbligazione permanga in vigore nonostante il venir meno della capacità di agire, che toglie l'idoneità a compiere negozi giuridici, non ad essere creditore o debitore. Ma la *capitis deminutio* del debitore influisce sull'obbligazione. Quella del creditore non suole nuocere all'obbligazione, di cui si avvera il transito in via di successione generale ad altra persona: quella del debitore a rigore arreca l'estinzione del rapporto: se il pretore salva le obbligazioni passive di coloro che hanno subìto la *capitis deminutio minima*, e se, forse già nel periodo classico, certo nel giustinianeo, si sono fatte *utiliter* trapassare quelle di coloro che hanno subìto una *deminutio magna*, ciò deriva e dalle necessità pratiche e dall' obliterarsi, che sopra abbiamo avuto occasione di avvertire, del primitivo significato della *deminutio* stessa (1).

Anche la morte di una delle parti può far venir meno la obbligazione, che non si presti all' una o all'altra maniera di trasmissione.

In tutte queste ipotesi i romani non espongono mai la regola surriferita, nè vi accennano; con la formola del *pervenire in eum casum a quo non potuisset (obligatio) incipere* essi si riferiscono qui, come nelle analoghe formole concernenti gli atti *mortis causa*, ai soli mutamenti nelle circostanze oggettive.

E tale è pur quell' evento, a cui si allude in D. 9, 2, 15, 1; 16. Io non so comprendere perchè lo Hellmann (2) faccia di questi passi un terzo gruppo allato a quello concernente gli atti *mortis causa* e a quello attinente alle obbligazioni. In realtà qui si tratta del venir meno di un requisito della conservazione dell' obbligazione. Un servo *mortifere vulneratus* viene dal padrone liberato e istituito erede nel testamento: divenuto libero

---

(1) Cfr. però D. 46, 1, 47 pr. In che misura sia alterato D. 4, 5, 2 pr., non è qui il luogo di ricercare.

(2) Op. cit., p. 371.

ed erede, muore: « heredem eius agere Aquilia non posse, quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest ». Infatti il servo stesso, diventando libero ed erede, non aveva più azione: la legge Aquilia si riferiva ai danni dati alle cose proprie [1], nè qui la cosa propria v'era in alcun modo; il servo non aveva potuto ereditare l'azione acquisita al domino per l'evidente contraddizione. Cfr. l'esposizione del medesimo caso nel fr. 36, 1 ib.: « non habebit Maevius (l'erede del servo manomesso ed istituito) cum Titio (il feritore) legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto (al servo) competere non potuit ». Quando il servo è divenuto libero ed erede, non vi è più la distinzione fra la cosa danneggiata e la persona, requisito evidente dell'azione aquiliana, che, essendo proposta a tutela della proprietà, esige l'oggetto estrinseco, a cui la proprietà si possa riferire.

Nei diritti reali e in quelli di famiglia si tutelano beni di immediata pertinenza; una volta che tali diritti sieno conseguiti, non solo non è possibile reazione sul negozio giuridico che li ha prodotti, ma non è più possibile far sì che quel determinato bene non abbia appartenuto a quel soggetto. Può naturalmente il diritto — pur prescindendo dall'impiego di atti diretti allo scopo — cessare per mutamento di circostanze (morte, perdita della capacità subbiettiva giuridica, perimento o sottrazione al commercio degli oggetti etc.); ma tutto ciò non può comunque ricondursi al concetto di invalidità sopraggiunta. Nulla, poi, ha che vedere il complesso dei requisiti occorrenti alla validità del negozio costitutivo con quello dei requisiti per la durata del diritto costituito. La differenza fra la capacità giuridica e la capacità di agire (per usare il linguaggio dei moderni pandettisti) qui si rivela tutta; inoltre, il mutare delle condizioni oggettive non sempre travolge il diritto costituito. Può in altri termini contrastare alle esigenze dell'ordine giuridico la costituzione di un diritto in determinate circostanze; non il perdurare del diritto già altrimenti fondato. Si pensi, ad es., che di fronte ai diritti reali già costituiti suole

---

[1] L'azione utile per le offese al *liberum corpus* è di tarda origine [cfr. *Enciclop. dir. pen.* del PESSINA, I, p. 298 sgg.]: qui poi si tratta *de occiso*, ossia del I capo.

essere indifferente la « causa » del negozio costitutivo; si pensi che, se è assurdo nel concetto romano una costituzione di servitù *pro parte*, non è assurdo che permanga la servitù se il fondo viene poi a trovarsi oggetto di condominio. Nè il motivo è recondito. Chi ha sulla cosa un dominio concorrente con il dominio altrui non può fare atti di disposizione che influiscano pure su questo (quale è certo la costituzione di servitù); ma la servitù acquisita al fondo, come *qualitas praedii*, caratterizza naturalmente tutti i dominii, che poi sul fondo medesimo vengano a incontrarsi (1). Si può dire a questo riguardo che « non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt » (2); ma è meglio astrarre da ogni paragone formale ed esteriore fra le condizioni di inizio e quelle di continuazione di un diritto e considerare invece le ragioni intrinseche delle norme rispettive.

Tuttavia, parlandosi in genere di diritti reali e di famiglia, non dobbiamo nè generalizzare incautamente, nè dimenticare la speciale configurazione di taluni rapporti nel diritto antico. Ad es., il fatto che gli sponsali non sono invalidati dal *furor postea interveniens* non deve spiegarsi con un semplice rinvio al trattamento generale dei diritti di famiglia (3); va piuttosto considerata l'analogia intercedente fra gli sponsali e i rapporti obbligatorii, non rispetto all'efficacia che è molto diversa, ma in quanto entrambe le figure rappresentano rapporti di tensione verso un risultato futuro, di attesa che l'altrui contegno si conformi al vincolo assunto.

Riguardo al matrimonio, è necessario distinguere fra il diritto pregiustinianeo ed il giustinianeo.

---

(1) Vedi FERRINI, *Pand.*, § 376, p. 487 n. 3.

(2) Paul., D. 50, 17, 85, 1. Il passo è tolto dal libro sesto delle questioni e lo HELLMANN, op. cit., p. 413, lo applica senz'altro ai diritti di famiglia, " di cui Paolo sembra in questo libro essersi di preferenza occupato „. Paolo discorre in questo libro dei rapporti patrimoniali fra coniugi e indi comincia il discorso sulla tutela. Ciò posto, è molto incerto quel riferimento. Potrebbe Paolo avere applicato quell'affermazione alle donazioni, che, perfezionate fra le parti, non si invalidano in conseguenza del matrimonio fra esse successivamente contratto: cfr. Pap. D. 39, 5, 31 pr.; fr. Vat. 253 a; Scev. D. 24, 1, 58 pr., etc.

(3) Così lo HELLMANN, op. cit.

Nel diritto pregiustinianeo, e segnatamente in quello del periodo classico, il matrimonio è uno stato di fatto informato dall' affetto e dalla morale, a cui sono annesse conseguenze giuridiche rilevanti: vi è matrimonio solo in quanto vi sia la *maritalis affectio* e in quanto siano osservate le esigenze morali (impedimenti di parentela etc.) e non ostino divieti speciali di ordine pubblico. La *maritalis affectio*, poi, è intesa come una permanente disposizione degli animi; non è atto di consenso, donde derivi un vincolo per il futuro: è l' attuale intenzione di vivere nel matrimonio. Essa non è tolta di mezzo dal *furor interveniens*, come da questo non è distrutto il possesso che pur suppone l' *animus* del possessore; infatti qui non c' è ancora l' atto contrario di volontà, che tolga significato al rapporto esistente. Cfr. D. 1, 6, 8 pr.: «.... nam furiosus, licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest.... ». Ma, se interviene qualche mutamento nella condizione subbiettiva, che sia incompatibile con il riconoscimento degli effetti giuridici, il matrimonio cessa: così, se uno dei coniugi viene *captus ab hostibus* o cade altrimenti in servitù (D. 49, 15, 12, 4; 14, 1) o se viene deportato (D. 24, 3, 56; 24, 1, 43) (1).

Nel diritto giustinianeo, sebbene non con piena coerenza, il matrimonio viene a considerarsi come un atto iniziale di consenso, con cui le parti creano un vincolo reciproco e duraturo. Con ciò (2) si trasferiscono sull' atto iniziale quei requisiti che prima si ritenevano estesi a tutta la durata del rapporto (trattandosi appunto di una relazione, che si reggeva in forza di un' attuale disposizione): quindi nè la deportazione scioglie il matrimonio nè sempre lo scioglie la *captio ab hostibus* (3). Tale permanenza è in correlazione con la maggiore considerazione dell' elemento etico nel matrimonio stesso. L' opinione dei giuristi classici era che la nomina a senatore di chi avesse sposato la propria liberta sciogliesse il matrimonio, *quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non*

(1) Lusignani, *Se il matrimonio si sciolga con la deportazione*, Parma 1898; Ferrini, *Pand.*, § 716, p. 880.

(2) Vedi *Pand.*, § 709, p. 869.

(3) *Pand.*, § 716 cit., p. 880 n. 1.

patitur [1]. Giustiniano, coerente forse senza saperlo al nuovo indirizzo fondamentale, stabilisce invece che il matrimonio perduri. Lo stesso dicasi del caso, in cui il suocero di un liberto venga elevato alla dignità senatoria: « taceat Papiae legis crudelissima sanctio et neque per hunc modum dissolvatur matrimonium » [2].

È noto il divieto del matrimonio fra il tutore o il curatore o i loro figli e la pupilla o adolescente, che non abbia compiuto il venticinquesimo anno (D. 23, 2, 59 sgg.). Se il padre del marito, dopo che il matrimonio è conchiuso, viene dato curatore alla nuora, si dovrà sciogliere il matrimonio? Io non dubito che nel diritto pregiustinianeo per un simile fatto il matrimonio avesse termine. Non osta C. 5, 6, 3 pr. di Gordiano, dove si legge: « Cum proponas ei, quam matrimonio tuo iunctam suggeris, post liberos susceptos curatorem patrem tuum datum,... *cum rite contractum matrimonium ex postfacto vitiari non potuerit*, iusta interpretatione metuere non debes, ne liberi quos habetis non ex iusto matrimonio suscepti videantur ». Come è chiaro, l'imperatore non dice punto che il matrimonio perduri validamente; dice solo che gli effetti derivati dal matrimonio stesso prima del mutamento delle circostanze (*post* liberos susceptos... liberi *quos habetis*) rimangono intatti, e che insomma il mutamento stesso non ha (come del resto è troppo evidente) forza retroattiva. Non si può anzi negare che tale modo di porre e di risolvere la questione dimostri che a giudizio dei postulanti e del principe il matri-

---

[1] Cfr. il SC. interpretativo in D. 23, 2, 16 pr. La nullità del matrimonio è appunto stabilita da questo senatoconsulto (D. 23, 1, 16: cfr. JOERS, *Ehegesetze*, p. 22): per le leggi matrimoniali di Augusto esso non era nullo, ma semplicemente inidoneo ad esonerare dalle loro sanzioni. La frase " apud Ulpianum quaerebatur „ (C. 5, 4, 28 pr.) non significa che la cosa fosse dubbia; ma solo che presso Ulpiano se ne trattava. Quale fosse il risultato, appare ben chiaro dalla stessa costituzione. Nel caso di D. 23, 2, 44, 6, in cui uno dei genitori della ingenua dopo il matrimonio di questa *artem ludicram facere coeperit*, non è facile discernere se siamo, o no, di fronte ad una interpolazione. Anche se fosse genuina, la decisione sarebbe facilmente giustificabile.

[2] C. 5, 4, 28, 3. Cfr. § 4: " melius est enim legis Papiae severitatem in utroque casu compescere, quam eam sequendo hominum matrimonia dispergere „.

monio fosse sciolto. Severo e Caracalla parlano del senatoconsulto « quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime *sublatum est* » (C. 5, 6, 1), e tale frase sembra davvero incompatibile col perdurare del matrimonio. Nel diritto giustinianeo questo punto deve pure stimarsi mutato: il § 1 della citata c. 3, che ha varii caratteri di interpolazione, parla tuttavia di *uxor* e fa obbligo, *ut omnis scrupulus auferatur*, di insistere perchè venga sostituito un altro curatore [1].

Può avvenire che per effetto dell' adozione si costituisca *post rite contractum matrimonium* un rapporto di legale parentela fra i coniugi, incompatibile col perdurare del coniugio. Così se il suocero adotti la nuora o il genero, mentre ha tuttora in potestà il figlio o la figlia. L' opinione comune è che in tal caso il matrimonio non possa durare, a meno che si proceda prima all' emancipazione del figlio o della figlia: ἐὰν γάρ τις τὸν γαμβρὸν ἢ τὴν νύμφην εἰς θέσιν λάβῃ, λύει τὸν τῆς οἰκείας θυγατρὸς ἢ τὸν τοῦ οἰκείου παιδὸς γάμον [2], ossia τῇ θέσει τοῦ γαμβροῦ ἢ τῆς νύμφης ὁ γάμος διαλυθήσεται. εὑρεθήσονται γὰρ ἀδελφοί, μεταξὺ δὲ ἀδελφῶν οὐδὲ εἰ εἶεν θετοὶ συνίσταται γάμος [3].

Lo Hellmann [4] è di contrario avviso. Se Trifonino dice (D. 23, 2, 67, 3): « an peremuntur nuptiae, *ut in genero adoptato dictum est* », questo a suo avviso non prova altro se non che vi fu taluno che propose questa tesi, a cui Trifonino accenna come a cosa detta da alcuni, senza farla sua. Non mi pare, questa, buona esegesi. Il greco Trifonino qui vuol rendere con *ut... dictum est* la frase comunissima dei trattatisti greci ὡς εἴρηται, la quale significa « come abbiamo detto sopra ». E infatti Trifonino avrà trattato prima degli impedimenti di parentela e poi di quello introdotto dal senatoconsulto a garanzia delle

---

[1] La soluzione data nel testo per il diritto classico si conferma con il confronto di D. 23, 2, 67, 3. Ivi si tratta di un caso analogo. Il marito della pupilla o il padre di lui vengono, dopo che il matrimonio è in corso, adottati dall' ex-tutore: il giurista non vede altra alternativa, che o *peremuntur nuptiae* o *adoptio impeditur*. La persistenza del matrimonio, nonostante il rapporto nuovo, non si presenta neppure come ipotesi discutibile. E viceversa l' interpretazione data per il diritto giustinianeo è confermata dallo Stefano (Ἐρώτ. in Bas. Hb. III, 180).

[2] Sch. τοῦ Νικαέως, Bas. Hb. III, 180.

[3] Paraphr. Inst., 1, 10, 2 (ed. Ferr., I, p. 43).

[4] Op. cit., p. 414 sg.

pupille. Il fr. 17, 1 ib. e Inst. 1, 10, 2 sono dallo Hellmann interpretati nel senso che, se non precede l' emancipazione della figlia o del figlio, è nulla l' adozione del genero o della nuora: il matrimonio in ogni caso sta. Non si riesce davvero a scorgere perchè dovesse essere nulla l' adozione [1]; se poi tale fosse stato l' insegnamento dei classici, senza dubbio sarebbe stato accolto nel diritto giustinianeo, siccome più conforme allo spirito di esso; ma l' autorevole testimonianza dei greci prova in contrario.

Rimane l' ostacolo di D. 23, 2, 12 pr.: « Si qua mihi uxor fuit, deinde a me repudiata nupsit Seio, quem ego posteo adrogavi, non sunt nuptiae incestae ».

Ma tal passo non è molto probante: quando l' adozione ha avuto luogo, la moglie era già separata per divorzio dall'adottante: non v' è quindi un rapporto fra essa e l'adottato; egli è divenuto per l' adozione figlio di colui che prima è stato marito di sua moglie. Invece negli esempi surriferiti il rapporto creato con l' adozione è contemporaneo al matrimonio e concerne le stesse parti. Per mostrare quanto i due casi sieno diversi nell' opinione dei romani, occorre ricordare il noto passo di Ulpiano nel § 3 di questo fr. 12: « Si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Iulianus *hanc... privignam* non esse ». Se, dunque, la figlia nata in secondo matrimonio dalla moglie divorziata non è figliastra del primo marito, non sarà neppure figliastro della moglie divorziata colui, che ha adottato dopo il divorzio: cfr. anche Inst. 1, 10, 9 (verosimilmente tolto dalle *res cottidianae* di Gaio). Se ivi Giuliano consigliava *eiusmodi nuptiis abstinere,* qui, dove si trattava di filiazione puramente legale e di matrimonio già conchiuso, non v' era alcun motivo di ritenere che questo venisse meno.

---

[1] Anche Trifonino nel discutere l' altra ipotesi non dice che sia nulla l' adozione, ma che si debba impedire: egli ritiene difficile impedire l' adozione da parte dell' ex-tutore *(finita iam tutela et nupta puella alii, vereor ne longum sit adoptionem mariti eius impedire)*; meno difficile impedire quella da parte del curatore attualmente amministrante: evidentemente perchè sospetta e contraria al suo ufficio. Ma queste ragioni non valgono nel caso nostro. Del resto, avvenuta bene o male l' adozione, *nuptiae peremuntur.*

Non è dunque riuscito inutile questo nuovo esame dell' importante questione. Esso ci ha appreso che solo per gli atti *mortis causa* può parlarsi di invalidazione successiva, e quali siano le norme relative. In tutti gli altri casi, quando l' atto giuridico sia perfetto, non può perdere per fatto posteriore la sua validità: si tratta di vedere se il diritto prodotto (in cui quella validità si è affermata) venga o no estinto per il mutare delle circostanze. Solo in materia di obbligazioni, in cui il diritto non ci attribuisce direttamente il vantaggio ma ci dà il modo di raggiungerlo, è possibile che il diritto si estingua prima che il fine si ottenga e prima insomma che l' effetto mediato del negozio giuridico costitutivo sia conseguito. Del resto, è da stabilire che non vi è alcun nesso necessario fra i requisiti per la conclusione di un negozio giuridico e quelli per la durata del diritto costituito. Si capisce però che la perdita della capacità giuridica, ove sia piena, appunto perchè priva dell' idoneità ad essere soggetto di diritto, come osta alla costituzione di rapporti giuridici, osta alla conservazione dei diritti acquisiti. E si capisce ancora come quelle esigenze del sistema o dell' ordine pubblico, che renderebbero impossibile (almeno giuridicamente) la costituzione del rapporto, possano repugnare alla continuazione del rapporto costituito. È per quest' ultima categoria che i romani usano la formola « incidere (pervenire) in eam causam (eum casum) a qua (quo) non potuisset incipere (consistere) ». La formola è vera tutte le volte che dura la medesima ragione di conseguenza sistematica o di ordine pubblico: tutte le volte, quindi, che la causa è proprio identica. All' uopo è da badare alle apparenze esteriori: altrimenti *non est novum* che si abbia, nonostante i mutamenti avvenuti, la conservazione del rapporto (1).

---

(1) Si vuol trovare un' applicazione della regola accennata anche nelle diverse ipotesi di cessazione di rapporti giuridici per confusione (cfr. da ultimo il KRETSCHMAR, *Theorie der Conf.*, p. 8 sgg.). In termini generali la necessità della distinzione dei soggetti e dei patrimoni, che occorre per stabilire un rapporto giuridico, occorre anche per la sua conservazione: nè si può negare che gli stessi giuristi romani in materia appunto di confusione alludano spesso a quel principio (cfr. per es. D. 5, 1, 11. 45, 1, 140, 2). Tuttavia la somiglianza può ingannare. Si tratta piuttosto di ciò che, come certi negozi presuppongono o la distinzione dei soggetti o l'alie-

Una distinzione fra diritti di obbligazione (tenuta presente l'importante avvertenza che abbiamo fatta) e diritti di altra natura è sotto questo aspetto inammissibile. Anche i diritti di famiglia rientrano nella regola comune.

---

nità della cosa, così non può escogitarsi un diritto verso altri, se quella distinzione vien meno, od un limite del dominio, se questo viene a coincidere nello stesso patrimonio con il diritto-limite. Dove la confusione ha solo carattere temporaneo, già il diritto classico conosce dei rimedi per eliminarne l'efficacia. Su qualche punto vi era dissenso (D. 46, 3, 94, 3 etc.), ma qui il dissenso dipendeva appunto da ciò, se la distinzione dei soggetti (ad es. debitore e garante) fosse essenziale alla conservazione della duplice obbligazione. L'antico diritto romano non si opponeva neppure a che il debitore si facesse garante di sè medesimo *(manceps idem praes)*: nelle malleverie per stipulazione non si ammette per un'evidente economia di rimedi giuridici che uno *spondeat, fidepromittat* o *fideiubeat* per sè stesso, ma si può dubitare se la fideiussione cada quando il debitore succeda al fideiussore, potendo l'utilità dipendente dalla originaria distinzione patrimoniale conservarsi tuttavia, almeno in parte, dopo la confusione. Prevalse l'opinione negativa; ma tutto ciò spiega che non siamo nei puri termini del problema trattato nel testo.

Intorno
al "concursus causarum lucrativarum„ (*).

È il *concursus causarum lucrativarum* un tema spesse volte discusso nella recente letteratura. Una larga e in qualche punto profonda indagine (1) sull' importante argomento si trova nei *Beiträge* di Federico Mommsen (2); non senza importanza per la buona esegesi di alcuni fra i testi più notevoli è la trattazione che ne fece l' Arndts nei suoi *Vermächtnisse* (3). Il Hartmann pose la dottrina della estinzione delle obbligazioni per *c. c. l.* a base del suo studio su la natura e la struttura della *obligatio* (4), credendo che appunto in quel singolarissimo fenomeno si manifestasse l' intima essenza dell' istituto. L' ultimo autore, che si soffermi a lungo su questa materia, è il Salkowsky nella continuazione del Glück (5). Una esposizione si trova pure nel mio libro sui legati (6).

Le due trattazioni che si contendono il campo sono, sostanzialmente, quella del Mommsen e quella del Hartmann:

(*) [In *Rend. Ist. Lomb.*, serie 2ª, 24, 1891, pp. 325-353: riprodotto quasi integralmente, con qualche modificazione di cui è tenuto conto, nella versione italiana del *Commentario alle Pandette* del GLUECK, libri 30-32, parte IIª, pp. 126-143 (Appendice al § 1526 *b*)].

(1) Credo potermi dispensare dall'addurre il SELL, *Ueber die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch c. c. l.* (Zurigo, 1839); libro, da cui ben poco si può imparare.

(2) I, p. 255 sgg.; III, p. 413 sgg.

(3) I, pp. 249-343.

(4) *Die Obligation* (1875). Erster Abschnitt, pp. 3-116.

(5) XLIX, pp. 122-166.

(6) FERRINI, *Teoria gener. dei leg. e fedec.*, pp. 606-638.

entrambi (e più il primo) hanno avuto intuizioni felici e — se non erro — in entrambi si trovano buoni elementi per tentare ancora una spiegazione di questo modo così notevole di estinzione della *obligatio*. La quale spiegazione dovrà anzitutto tener presente l'origine e lo svolgimento storico della regola: « duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse ».

Lo studio del diritto romano più antico ci manifesta alcune importanti tendenze, di cui esso nello sviluppo ulteriore venne a poco a poco spogliandosi o almeno rendendosi meno dipendente. Due di queste tendenze sono fra loro strettamente connesse, e cioè: da un lato la ripugnanza ad ammettere la convalescenza di un negozio o vincolo giuridico viziato dall'origine, e dall'altro la ripugnanza a dichiarare valido un rapporto giuridico che venisse, benchè temporaneamente, a trovarsi in tali condizioni, nelle quali non avrebbe potuto nascere. Entrambi i principii sono espressi in due antiche *regulae* (1) di cui i giuristi classici, nonostante le maggiori riserve, fanno tuttavia menzione ed anche uso. In tali principii, combinati con la stretta osservanza della rigida e letterale corrispondenza tra la formula dei negozi e quella dell' azione, che impediva il conseguimento dei fini indiretti, sta, a mio credere, la spiegazione storica della regola nostra.

La quale in origine doveva avere ben più larga comprensione, come il Mommsen ha visto (2) e come il Salkowsky ha per una categoria di casi riconosciuto (3). Il Salkowsky, cioè, accetta l' ipotesi mommseniana per il caso, in cui la cosa sia pervenuta al creditore prima che sorga l' obbligazione; e precisamente nella specie del legatario, il quale acquisti la cosa prima del *dies veniens*. Ma io credo che precisamente la distinzione, che il Salkowsky ha voluto stabilire fra il legatario, che prima del *dies veniens* ottiene la cosa, e gli altri creditori che acquistano la cosa, dopo che l' obbligazione è nata, non sia troppo felice. Giacchè l' obbligazione nascente *ex legato* ha appunto un' indole tutta particolare. Sta certamente che prima

---

(1) Cfr. Joers, *Röm. RW. z. Zeit d. Rep.*, 1, 304.
(2) Cfr. anche Ferrini, *Legati*, p. 607 sgg.
(3) Cfr. specialmente loc. cit., p. 125.

del *dies veniens* non si possa discorrere in senso proprio di creditore e di debitore, di vincolo esistente; però, riguardo agli altri effetti giuridici, l' obbligazione scendente da legato puro s' intende nata al tempo del testamento, e a quel punto ci riferiamo sempre per vedere se vi siano i requisiti per il sorgere di una valida obbligazione. E ciò ha radice soprattutto nel fatto che creatore e arbitro vero dell' obbligazione stessa è il testatore. Così si spiega benissimo perchè, ove la cosa sia, dopo l' erezione del testamento, pervenuta al legatario, nel diritto classico il legato non si estingua se è pervenuta *ex causa onerosa*, benchè non sia lecita veruna obbligazione di cosa propria, per quanto acquistata *ex causa onerosa,* e benchè materialmente l' obbligazione fra erede e legatario non sorga che con l'adizione dell'eredità. Data, cioè, la particolare natura dell' obbligazione da legato, il pervenire della cosa al legatario dopo la confezione del testamento deve parificarsi al pervenire della cosa agli altri creditori dopo che è nata l' obbligazione. Il Salkowsky, che altrove mostra di avere pur vista e intesa l' indole speciale della *obligatio legati,* non scevera il nostro caso da quelli, in cui il creditore ha la cosa prima che l' obbligazione nasca, e quindi è costretto a dichiarare quella regola come una eccezione « che si spiega solo pensando alla natura di questa obbligazione, che non mira solo alla prestazione dell' oggetto indicato, ma alla piena attuazione della gratuita attribuzione voluta dal testatore » (1). Ma chi si accontenterà di tale spiegazione? Forse che una simile natura non ha anche l' obbligazione nascente, per es., da una *stipulatio lucrativa?* Non riconosce lo stesso Salkowsky (2) che il principio determinante è qui lo stesso che ispira la regola dei classici sul lecito concorso di una causa onerosa ed una lucrativa? Perchè dunque, mentre questa regola si estese a tutte le obbligazioni lucrative, quella si restrinse ai legati? Inoltre tale presumibile volontà del testatore non spiega nulla. Per assecondare tale presumibile volontà, si sarebbe dovuto riconoscere nel legatario il diritto di farsi rimborsare delle spese per acquistare la cosa, prima che si

---

(1) P. 125.
(2) P. 126.

facesse il testamento. Infatti il testatore non può essere di volontà diversa per l'ipotesi che il legatario abbia a sua insaputa acquistato la cosa il giorno prima che egli facesse il testamento, in confronto all'ipotesi che l'acquisti il giorno dopo. Secondo le idee del Salkowsky, per il quale non si tratta che di rimborsare il legatario di quanto ha speso per l'acquisto della cosa anteriore al sorgere della obbligazione, niuna difficoltà a estendere anche a questo secondo caso il principio; eppure tale estensione, richiesta con necessità logica dal motivo che lo avrebbe ispirato, non si ebbe! Il fatto sta invece, a nostro credere, in ciò: che l'acquisto posteriore al testamento si parifica all'acquisto fatto dopo la nascita dell'obbligazione (s'intende, purchè duri fino al *dies cedens*; giacchè quanto succede nel tempo intermedio giusta i principii generali si ha per non avvenuto) e quindi si osservano, non i requisiti che occorrono perchè l'obbligazione sorga, ma quelli che occorrono perchè una obbligazione sorta si mantenga. I quali requisiti saranno bensì stati identici nel diritto antico; ma nella più larga concezione degli uffici della obbligazione si vennero differenziando. Rimane, cioè, anche per il diritto classico fondamentale che, se le cose da darsi o le condizioni delle prestazioni da farsi diventano tali, quali non avrebbero potuto dar vita alla relativa obbligazione, nè quella dazione nè quella prestazione formano più oggetto di essa. Siccome, però, è riconosciuto che una obbligazione diretta a una determinata prestazione può avere un più vasto contenuto, che non sia il letterale adempimento di quella, così si ammise che, pur non essendo più *in obligatione* l'oggetto iniziale, l'obbligazione potesse sussistere tuttavia per ottenere le prestazioni ancora possibili. Siamo sempre, lo ripetiamo, nel campo dell'impossibilità e possibilità giuridica: non, come taluni moderni sembrano credere (1), in quello dell'impossibilità e possibilità materiale. Tutto questo svolgimento s'incontra naturalmente con quello della *solutio*; giacchè si tratta pur sempre di indagare il contenuto vero della obbligazione e di vedere quando questa possa tuttavia perdurare, nonostante che la prestazione dell'oggetto iniziale o sia avvenuta o sia divenuta impossibile.

---

(1) Per es., ARNDTS, op. cit., p. 255 sg.; HARTMANN, op. cit., p. 7 sgg., SALKOWSKY, op. cit., p. 124.

Alla migliore e più libera applicazione degli accennati principii giovò anche una più sostanziale interpretazione dei negozi giuridici. Si ammise la validità di obbligazioni dirette a procurarci la cosa nostra, qualora il dominio nostro sulla cosa fosse revocabile o limitato o gravato di pesi. Si intese, cioè, che le parti mirassero appunto allo svincolo e alla sicurezza del dominio già quesito. Era ben naturale estendere tale razionale interpretazione al caso di acquisto del dominio posteriore al sorgere della obbligazione; e ciò si è pienamente avverato (1).

Prima di venire alla dimostrazione delle precedenti asserzioni e prima di mostrare lo sviluppo successivo della dottrina, dirimiamo subito un' obbiezione, che ci si potrebbe muovere. Ordinariamente si ammette che la formola della regola « duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse » sia molto antica; e ciò soprattutto per il modo in cui si esprimono le Istituzioni imperiali: *traditum est* etc. (2). Ma bisognerebbe dimostrare che la regola fosse già anticamente formulata, come ci sta ora davanti. Non avrebbe, per es., la regola potuto essere così espressa: « duas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse » ? È notissimo come i prodotti dell'antica giurisprudenza fossero in più modi corretti e mutati dalla scienza classica. Talora i classici si contentano di riprodurre la regola, soggiungendo alcune restrizioni o dichiarazioni; talora invece mutano in conformità alle nuove condizioni del diritto la stessa formulazione della regola.

Un chiaro esempio, che offre per noi una buona analogia, si trova in Pomp. 3 *ad Sab.*, D. 50, 17, 7: « ius nostrum non patitur eundem *in paganis* et testato et intestato decessisse ». Le parole *in paganis* non si trovavano nella regola antica nè si trovavano nel testo di Sabino, ma sono state aggiunte da Pomponio per coordinare ls regola allo stato mutato del diritto (3). Così potè benissimo aggiungersi a *causae* la determinazione *lucrativae* quando si compì il processo di cui presto discorreremo. E tale ipotesi è tanto più plausibile in quanto

---

(1) La strettissima connessione fra questi due svolgimenti giuridici è posta in chiaro nei miei *Legati*, p. 606 sgg.

(2) SELL, op. cit., p. 10; ROSSHIRT, *Vermächtnisse*, 1, p. 450; soprattutto PERNICE, *Zeitschr. f. Handelsrecht*, 33, p.

(3) Cfr. JOERS, *Röm. RW.*, 1, 307.

che *lucrativus* è epiteto non usato — a quanto pare — che nella latinità argentea: Quintiliano sarebbe stato il primo ad adoperarlo [1], sicchè non deve stimarsi verosimile che già si incontrasse in un canone dei *veteres* [2].

Non è poi difficile provare che prima del prevalere delle idee di Salvio Giuliano non si distingueva fra causa lucrativa e non lucrativa. Tutti i testi, in cui si accenna a tale distinzione nella presente materia, sono o di Giuliano o di giuristi posteriori. Si vedrà pure che in qualche testo si accenna all'autorità di lui, come decisiva.

Nè manca tuttora nel Digesto, per svista dei compilatori, qualche reliquia dell'antico diritto. Si cfr. il passo di Pomponio, 6 *ad Sab.*, D. 30, 45 pr., sul quale dovremo ritornare per altre osservazioni. Ivi si arrecano i concordi pareri di Ofilio, Nerazio ed Aristone per sostenere la validità del legato, qualora il legatario ne avesse comperato l'oggetto e lo avesse quindi alienato, prima di sapere del lascito, date le speciali condizioni in cui l'ipotesi si configurava. Adunque per Ofilio, Aristone, Nerazio e Pomponio il legatario, che a titolo oneroso ha acquistato la cosa legatagli, non ha in tesi generale diritto al legato, e l'erede è liberato; solo in specialissime circostanze (di cui a suo tempo) può il lascito salvarsi, dato sempre che l'onorato abbia nuovamente alienato la cosa prima di conoscere il legato. Ora tutto ciò vuol dire che questi giuristi non ammettevano ancora quella distinzione, che pur si vorrebbe far risalire tanto addietro [3]. Lo stesso Pomponio, 6 *ad*

---

[1] Assai dubbia è la lezione in Cicerone *ad Att.*, 7, 11 (dove l'edizione romana, per es.. ha *Lucretino*). Alquanto dubbia è pur quella in Quintiliano, *Instit. or.*, 15, 7, 27. Cfr. però Frontone, *ad Ant. imp.*, 2, 2, p. 105. Alcuni filologi da me consultati ritengono assai sospetta tale voce in Cicerone e Quintiliano. Il Ramorino propende invece per l'opposto avviso e pensa, anzi, che anche in Quintiliano l'espressione possa derivare da Cicerone. Noterò che ad ogni modo la voce avrebbe in Cicerone un senso notevolmente diverso da quello, che ha nella regola nostra.

[2] Invece va respinta l'ipotesi che qui *lucrativus* sia detto in senso etimologico (*lucrum* = mezzo per sciogliere un'obbligazione, per pagare, e quindi prestazione della cosa dovuta: cfr. Varro, *L. L.*, 4, *ad h. v.*, e *Mémoires de la Société de linguistique*, 6, p. 27): nel qual caso certamente ogni difficoltà sparirebbe.

[3] Anche il Salkowsky (benchè non in perfetta coerenza con la sua trattazione) è costretto a riconoscere che: " würde unsere Stelle indirekte

Sab., D. 45, 1, 16 pr., scrive: « si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit *ex aliqua causa*, reliquus mihi debetur a te ». Con i nuovi principii sul lecito concorso di causa lucrativa con posteriore causa onerosa, si deve distinguere. E cioè, dove uno dei due servi sia stato acquisito dal creditore a titolo oneroso, l' obbligazione non si restringe sull' altro, ma rimane su questo e sul prezzo sborsato per l'altro. Sicchè, ove il servo non acquistato perisca per caso fortuito, il debitore dovrà pur sempre il prezzo dell' altro. A coloro, poi, i quali si meravigliassero di vedere liberato il debitore, quando l'oggetto è pervenuto al creditore senza fatto suo e anzi con sacrifizio e controprestazione di quest' ultimo, porgiamo da meditare il seguente testo che è molto istruttivo per l' antico diritto.

Pomp., 11 *ad Sab.*, D. 21, 2, 29 pr.: « Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et *ego ex alia causa rem haberem* ». Dunque Nerva non trovava alcuna difficoltà a concedere al debitore perfino il diritto alla controprestazione, benchè il creditore avesse dovuto procurarsi la proprietà della cosa con un secondo contratto a titolo oneroso, e pur in un giudizio di buona fede! E ciò perchè lo scopo dell' obbligazione è, quantunque solo materialmente e per diversa via, raggiunto. Possiamo ben credere che questi giuristi non dovessero avere scrupolo a liberare senz' altro il debitore nei casi accennati (1).

Era dunque vero in modo assoluto per l' antico diritto il principio conservato in Paul. 5 *ad Pl.*, D. 46, 3, 61: « in perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit... com-

---

Bestätigung der Vermuthung enthalten, dass *jede Ausnahme* eine *erst in der späteren Jurisprudenz Anerkennung gefunden hat* (l' eccezione, cioè, della causa onerosa), indem die genannten Juristen den Standpunkt der älteren Rechtsanschauung vertreten „: loc. cit., p. 147.

(1) A questo concetto di “ soluzione obbiettiva „ si possono ravvicinare (solo per meglio afferrare l' indole di quella logica giuridica) le osservazioni fatte da me altrove sulla “ complicità obbiettiva „ cfr. *Diritto penale romano*, p. 102 sgg. [e in *Enciclop. dir. pen.* del PESSINA, I, p. 119 sgg.].

petit liberatio ». Paolo ha aggiunto altre condizioni e limitazioni al principio.

Analoga è la regola: « si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur », contro la cui estensione fa molte avvertenze Giuliano, 33 *dig.*, D. 30, 82 pr.

Tuttavia anche l'antico principio deve intendersi con alcune dichiarazioni. Nulla osta a che esistano due o più obbligazioni, aventi tutte per scopo di procurare la proprietà di una determinata cosa al creditore. Le obbligazioni sono, per sè considerate, tutte valide ed ammissibili (1). « Neque enim — scrive benissimo Paolo, 70 *ad ed.*, D. 44, 2, 14, 2 — amplius quam semel res mea esse potest, *saepius autem deberi potest* ». Una applicazione chiarissima del principio, che risale fino a Labeone, offre Pomp., 3 *ad Sab.*, D. 30, 12 pr.: « Si mihi et tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente heres tibi exstitero, liberum mihi esse Labeo ait, ex meo legato an ex eo, quod tibi heres sim, adquiram legatum: si voluero, eam rem ex meo legato ad me pertinere, ut tota mea sit, (sed et) ex hereditario legato petere eam posse ». Quindi, non solo il creditore potrà agire a sua scelta con l'azione che vuole, ma anche con la contestazione di lite per un'azione non consuma le altre. Questo Giuliano insegna con tutta chiarezza in D. 44, 7, 18 (54 *dig.*): « Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: *si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem*, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, *ut altera in iudicium deducta altera nihilominus integra remaneret* » (2). Finalmente, neppure l'adempimento di una delle obbligazioni, qualora il debitore non presti la cosa in natura,

---

(1) Diversamente (e — manifestamente – a torto), per il caso d'identità del debitore, HUSCHKE, *Linde's Ztschr.*, N. S., 2, p. 188 sg.; ARNDTS, *Verm.*, 1, 302 sgg.; cfr. FERRINI, *Legati*. p. 632 sgg. Vedi pure HARTMANN, l. c., p. 72 sgg.

(2) Cfr. SELL, op. cit., pp. 38-42; ARNDTS, loc. cit., p. 303 n.; HARTMANN, loc. cit., p. 75. A torto invece si spiega da taluni il passo “ propter diversitatem personarum .... quae .... fuit ab initio „; ragione che riposa su un grossolano equivoco. Così un'opinione ricordata nella Glossa *ad h. l.*; DE RETES in MEERMANN, *Thesaurus*, 6, 389; e — pur troppo! — io stesso, *Legati*, p. 637.

ma l'*aestimatio*, nuoce al perdurare dell'altra o delle altre. È precisamente qui che si rivela chiarissima l'indole della nostra regola, come anche meglio vedremo. Questo punto appare, oltre che da numerosi testi che vi accennano nettamente (1), esplicitamente da Inst. 2, 20, 6, che è preso dalle *res cottidianae* di Gaio: « .... hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an *aestimationem ex testamento* consecutus est: nam si rem, agere non potest, ...si aestimationem, agere potest ». Allo stesso modo deve intendersi anche Ulp., 21 *ad Sab.*, D. 30, 34, 2 (2). E infatti non abbiamo ancora in tale ipotesi quelle condizioni, per cui una obbligazione *ad dandum* non avrebbe potuto nascere o, nata, avrebbe dovuto estinguersi; l'effetto non è raggiunto ed è raggiungibile tuttavia.

Come già fu accennato, il pervenire della cosa al legatario nel tempo intermedio fra l'erezione del testamento e il *dies cedens* non nuoce, purchè la cosa prima del *dies cedens* torni a uscire dal suo dominio (3), giacchè, per i principii generali, quanto avviene in questo periodo in ordine alla validità del legato si ha per non avvenuto.

Dallo stesso principio si deduce che l'acquisto della cosa durante la pendenza della condizione non pregiudica la validità dell'obbligazione condizionata, se, prima che la condizione si avveri, la cosa esce dal dominio del creditore. Infatti, il negozio giuridico non è perfetto, se non quando la condizione siasi verificata, e prima d'allora non può discorrersi di esistenza. Tant'è vero che può benissimo legarsi *sub condicione*, o stipularsi *sub condicione* una cosa propria del legatario o dello stipulante (4). Basta che, quando si conchiude il negozio

---

(1) Cfr. SELL, loc. cit., p. 47; HARTMANN, loc. cit., p. 91.

(2) Cfr. HARTMANN, loc. cit., p. 91 sg.; FERRINI, *Legati*, p. 619 sg.

(3) Contro le diverse opinioni cfr. ARNDTS, l. c., pp. 279-287; PUCHTA, *Vorlesungen*, 1 ad § 538 s. f.; FERRINI, *Legati*, pp. 608-9. Naturalmente poi è nullo il legato, se la cosa è del legatario al tempo in cui si fa il testamento. Strano è l'errore di SCHRADER (ad § 6 I. cit., p. 361) per cui il pervenire d'altronde della cosa al legatario dopo il *dies cedens* non nuoce al legato.

(4) È al contrario invalida la stipulazione (e analogamente dicasi del legato) condizionale di cosa non appartenente al creditore, se l'avverarsi della *condicio* deve necessariamente coincidere con l'acquisto di essa: cfr. Paul, 72 *ad ed.*, D. 45, 1, 87: " Nemo rem suam futuram in eum casum, quo sua fit, utiliter stipulatur ".

condizionato, siano fermi i requisiti della capacità delle parti e della commercialità assoluta dell'oggetto, come naturali presupposti delle ulteriori determinazioni. Però questo principio, che per le stipulazioni troviamo già chiaramente affermato da Pomponio (24 *ad Sab.*, D. 45, 1, 31), sembra avere incontrato delle difficoltà in alcune scuole di giuristi romani. Si vegga almeno come si esprime Marcello, 20 *dig.*, D. 45, 1, 98 pr.: « *Existimo* posse ⟨me⟩ id quod meum est sub condicione stipulari... ». E non solo si esprime così peritante; ma aggiunge anche un argomento per meglio ribadire la sua opinione: « ... aut, si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque ... meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio ... et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reccíderunt, a quo non potuissent consistere ». Si noti come Marcello supponga più ovvio ed evidente l'ammettere la validità della stipulazione condizionale, se durante la pendenza la cosa è pervenuta al creditore e nuovamente è uscita dal suo dominio, che non l'ammettere la validità di una stipulazione condizionale di cosa propria: tanto che dalla prima argomenta alla seconda.

Tuttavia questo trattamento non si restrinse ai casi di condizione propriamente detta. Vi sono delle ipotesi grandemente simili, cui esso fu pure applicato. Notevolissima quella dei legati lasciati in un testamento pupillare. Questi legati hanno il loro *dies cedens* alla morte del testatore; tuttavia la loro attuazione è incerta e pende dal fatto che l'erede muoia prima della pubertà. Sostanzialmente è questa una condizione, e se essa, come implicita e inerente alla natura stessa dell'atto, non altera il *dies cedens*, non cessa però di manifestare in altri modi la propria efficacia. Noi abbiamo già citato D. 30, 45 pr. di Pomponio, ove sull'autorità di Ofilio, Aristone e Nerazio si insegna che in tal caso, se il legatario acquista la proprietà della cosa legata e la perde prima che s'avveri il caso di sostituzione [1], l'obbligazione del legato non si estingue. Cfr. per un caso analogo Scevola, 14 *resp.*, D. 31, 88, 7, che esclude

[1] " antequam scires tibi legatas esse „: cfr. ora SALKOWSKY, loc. cit., p. 148.

la petizione « cum corpora legata *etiam nunc* (ossia al tempo dell' avverata sostituzione) possideantur » (¹).

A Salvio Giuliano sembra dovuta pure l'affermazione del principio, che è valido il legato (e così dicasi la stipulazione) di cosa propria del legatario, il cui dominio sia però revocabile *ex tunc*, e non nuoce alla validità di esso che il legatario acquisti poi un simile dominio della cosa legata. Anzi, pur trattandosi di dominio revocabile *ex nunc* con una semplice azione personale diretta alla restituzione della cosa, ammise il giurista la stessa conseguenza: cfr. Iul., 33 *dig.*, D. 30, 82 pr. 1; Ulp., 21 *ad Sab.*, D. 30, 39, 2 *(Iulianus scribit)*. Ora sembra che il ragionamento sia stato il seguente: si cominciò a riconoscere che non libera la *solutio*, quando è data una cosa che può venir strappata al creditore. Vedi Pomponio, 22 *ad Sabinum*, D. 46, 3, 20 (²):

« Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia avocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset ».

Se, dunque, l' obbligazione, nonostante la *solutio* e per la imperfezione di questa, nell'accennata ipotesi sussiste tuttavia, risulta chiaro che, ove il creditore acquistasse *ex alia causa* la cosa con simile vincolo, non poteva reputarsi estinta l' obbligazione per il pervenire dell' oggetto nelle sue mani:

« Non quocumque modo si legatarii res facta fuerit die cedente, obligatio legati exstinguitur, sed ita, si eo modo ⟨facta⟩ fuerit eius, *quo avelli non possit* (D. 30, 82 pr.) ».

E se il creditore in tal caso, pur avendo ricevuto la cosa dovuta e anzi tenendola tuttavia, poteva far valere la sua obbligazione e *intendere rem sibi dari oportere*, non si ebbe più difficoltà a concepire la validità di un' obbligazione avente fino *ab initio* per oggetto una cosa del creditore, il cui dominio fosse revocabile *ex tunc* e *ipso iure*, o del quale si potesse chie-

---

(¹) Ferrini, *Legati*, p. 611.

(²) Questa teorica della *solutio* sembra essere stata precipuamente elaborata da Pomponio. Cfr. anche 35 *ad Sab.*, D. 46, 3, 26 " si servus pigneratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inempta fieri possit ".

dere la restituzione con azione personale. Che di tutto questo processo logico il punto di partenza fosse la dottrina della *solutio* mi par risulti chiaro da un passo di Paolo, 72 *ad ed.*, D. 45, 1, 83, 6. Ivi si tratta dello stipulante, cui la cosa perviene *ex testamento* (per eredità o legato):

« si vero a me herède defunctus eam legavit, potest agi ex stipulatu (perdura, cioè, l'obbligazione nascente dalla *stipulatio*): idemque esse et si sub condicione legata sit, *quia et, si ipse debitor rem sub condicione legatam dedisset, non liberaretur* ».

Cfr. per le idee di Giuliano anche Africano, 5 *quaest.*, D. 30, 108, 5.

Nel modo stesso che si dovette ammettere che il pervenire al creditore di una parte della cosa dovuta non estingueva la obbligazione, così dovette ammettersi non estinguersi l'obbligazione se sulla cosa gravava un diritto di usufrutto, spesso parificato ad una *pars dominii*. Per la *solutio*, in cui non libera la prestazione della cosa gravata da usufrutto, cfr. già Celso, 24 *dig.*, D. 46, 3, 69.

In tutti questi casi, in cui la cosa pervenuta d'altronde al creditore può uscire *ipso iure* dal suo dominio, o gliene può venir chiesta la consegna, o contestato il godimento, può il creditore agire subito contro il debitore, ovvero deve attendere l'evento, che lo priva della cosa o del godimento di essa? I moderni sono incerti [1]. D. 30, 82 pr. sembrerebbe compatibile con entrambe le opinioni, chè da una parte vi si dice: « ... agam ex testamento, *quia is status est eius* (della cosa), *ut, existente condicione,* discessurum sit a me dominium »; dall'altra: « *existente condicione ex stipulatu* agere potero ». Ma a me sembra indubitato che il creditore potesse subito agire. L'essere la cosa pervenuta a lui d'altronde non può avere efficacia maggiore della *solutio* fatta dal debitore stesso, e noi sappiamo che, ove il debitore presti una cosa, di cui ha un dominio revocabile, ovvero gravato di pegno o d'usufrutto, il creditore può agire subito.

E ciò è ben naturale, perchè l'obbligazione non è stata soddisfatta e sussiste tuttavia. Cfr., per es., Celso, 24 *dig.*, D. 46, 3, 69:

---

[1] Cfr. FERRINI, *Legati*, p. 613.

« poterit is (il creditore)... tecum agere... nec expectabimus, ut creditor (l' altro creditore) evincat ».

Gioverà l' agire immediato per ottenere lo svincolo od una opportuna cauzione.

Se poi la cosa pervenuta in tali condizioni al creditore viene da esse liberandosi (per es., era legata sotto condizione e la condizione è mancata; era soggetta ad usufrutto e questo si è estinto per non uso o morte o altra ragione; era vincolata a pegno e il debito è stato pagato o altrimenti è venuto meno), anche l' obbligazione si estingue: *existimo processuram liberationem*, scrive Celso nel passo citato, e realmente non c'è motivo di dubitare. Anzi perfino colui, che dà in pagamento una cosa d'altri, se anche al momento non si libera, risulta liberato *ipso iure* con il compiersi della usucapione: Paul., 4 *ad Plaut*, D. 46, 3, 60: « Is, qui alienum hominem in solutum dederit, usucapto homine liberatur ». Questo notevole fenomeno, per cui un pagamento, inizialmente invalido, si viene poi *ipso iure* convalidando, non è che un'altra espressione dello stesso principio, per cui si estingue un' obbligazione [1] con il pervenire della cosa dovuta d' altronde al creditore.

Siamo ora arrivati al più importante dei mutamenti giulianei in questa materia. Anticamente, qualora la cosa fosse pervenuta al creditore, ancorchè per altra causa e a titolo oneroso, si reputava estinta l' obbligazione. D. 21, 2, 29 pr. già citato non permette di dubitarne. Infatti, considerando le cose formalmente, il fine dell'obbligazione era conseguito; e, avendo ormai il creditore il sicuro dominio della cosa, non gli restava nulla da chiedere al debitore. Eppure tale concetto non poteva mantenersi. Non si liberava il debitore che prestasse una cosa altrui o una cosa ipotecata; avrebbe potuto considerarsi liberato, se il creditore l' avesse redenta o svincolata a sue spese? Data la *condemnatio pecuniaria*, non era un formalismo spinto oltre misura il negare anche in questo caso l' azione al creditore? Ma urgeva la simiglianza di altri casi. Non si libera il debitore, che ha promesso il servo Stico e lo consegna ferito;

---

[1] A questa lata accezione della *solutio* in senso obbiettivo accenna Pomponio, 24 *ad Sab.*, D. 46, 3, 23: " solutione.... et inviti et ignorantes liberari possumus ".

non si libera il debitore, che ha convenuto di dare *in solutum* un fondo e lo dà *per dolum pluris aestimatum* (1). Ben si poteva dire che dà meno di quello che deve dare colui, che costringe il creditore a un sacrificio economico per conservare la cosa data. Ed è così che si giunse ad un concetto più pieno della *solutio*, che troviamo più tardi formulato egregiamente da Paolo (5 *ad Pl.*, D. 46, 3, 61) « quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et *tibi nihil absit* nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio ». Fu precisamente in coerenza con questo concetto di *solutio*, che Giuliano statuì la distinzione fra cause lucrative e onerose. Se ciò che mi è dovuto *ex causa lucrativa* mi perviene per altra causa lucrativa, il debitore resta liberato perchè, essendosi raggiunto il fine completo dell'obbligazione, come si sarebbe raggiunto con la *solutio*, nulla rimane più a pretendere; se invece al creditore la cosa è pervenuta mediante un sacrificio economico, come di tanto s' intenderebbe *minus solutum*, così fino a concorrenza di tanto l' obbligazione perdura (2). Quindi, fino a concorrenza di tanto si può ancora intentare l'azione, la cui *intentio* è però sempre rivolta a *rem dari oportere* (arg. Ulp., 18 *ad ed.*, D. 46, 3, 27), mentre la *solutio* si compie col tenere indenne il creditore.

Il testo più esplicito di Giuliano è preso dal l. 33 dei suoi Digesti, in cui trattava dei legati: D. 44, 7, 17: « Omnes debitores. qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset ». Del resto, i testi di Giuliano e di Africano (o in cui è citato Giuliano) sono per questa materia assai numerosi: D. 30, 82. 30, 108, 6. 19, 1, 24 pr. etc. Inoltre troviamo varii testi di Papiniano, Ulpiano e Paolo; mentre non c'è traccia di tale dottrina negli scrittori anteriori a Giuliano. Da D. 30, 82 e da D. 30, 108, 6 è ben chiaro quale fosse il concetto di causa onerosa. Si tratta in genere di qualunque modo di acquisto, che abbia costato qualche sacrificio economico al creditore, cui la cosa è pervenuta. Vuol dire che la causa sarà più o meno onerosa secondo la misura di tale sacrificio; il debitore dovrà sempre

---

(1) Iul., 33 *dig.*, D. 30, 84, 4.

(2) Cfr. Ulp., 21 *ad Sab.*, D. 30, 34, 8: " .... nam *hactenus mihi abesse res videtur*, quatenus sum praestaturus "; e per il significato di *abesse* Ulp., 7 *ad ed.*, D. 50, 16, 13, 1.

rimborsare l'*id quod abest.* L'enumerazione delle varie cause lucrative e le relative discussioni esegetiche si possono trovare nelle trattazioni complete dell'argomento.

Se il creditore *ex causa onerosa* riceve la cosa *ex causa lucrativa,* che cosa si dovrà stabilire? Ragionando *a priori* si deve ritenere che in tal caso il debitore debba aversi per liberato. Infatti, la cosa è pervenuta al creditore pienamente e senza alcun sacrificio suo, sicchè non c'è maniera di sostenere che non abbia avuto o non abbia avuto per intero la cosa, e sia quindi tuttavia esperibile l'azione. Questo punto è, a mio avviso, anche conforme alle fonti. Si tenga però presente che nelle azioni di buona fede bilaterali il creditore, che avesse già fatto la sua prestazione per la causa onerosa, avrà il diritto di ripeterla e, ove non l'avesse ancor fatta, di difendersi contro una domanda mediante un'eccezione di dolo. Questo principio (come e l'indirizzo generale dell'antica giurisprudenza e alcuni testi fanno supporre) non fu sempre riconosciuto; però dall'età adrianea in poi si trova ammesso. Sabino, per es., respinge l'azione di evizione nel caso di vendita di cosa altrui, che sia poi pervenuta al compratore per eredità, «quoniam... non potest evinci», e non accenna ad alcun altro rimedio giuridico. Paolo (76 *ad ed.*, D. 21, 2, 9) completa dicendo che si può agire *ex empto* per la rifusione del prezzo: cfr. Sent. 2, 17, 8 e 2 *ad ed. aed.*, D. 21, 2, 41, 1. Espressivo è il *nihilominus,* che tuttora si legge in Ulpiano (32 *ad ed.*, D. 19, 1, 13, 15). Il principio è sempre che « hoc iudicium (empti venditi) *bonae fidei est* et continet in se doli mali exceptionem ».

Ma, se si tratta di altre cause onerose, per es., di una *stipulatio* a titolo oneroso, allora deve credersi che il creditore, il quale acquista per via lucrativa la cosa, nè possa ripetere il pagato, nè difendersi dal pagare, se a ciò è obbligato con altra stipulazione (a meno, s'intende, che questa sia *sub condicione,* che lo stipulante abbia dato etc.). Tanto meno poi deve credersi che egli possa tuttavia chiedere la cosa *ex causa onerosa.* Veramente questo punto è assai contraddetto (1). Ma le fonti dicono estinta la stipulazione, senza mai distinguere se

(1) V. da ultimo in contrario SALKOWSKY, loc. cit., p. 131 sgg.

essa è a titolo oneroso o a titolo lucrativo, quando la cosa perviene per via lucrativa al creditore.

Iul. 33 *dig.*, D. 30, 82 pr.: « ... *si ex stipulatione mihi Stichus debeatur* et is, cum sub condicione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa, nihilominus existente condicione ex stipulatu agere potero ». Dunque si estingue completamente diritto e azione, se la cosa perviene in modo definitivo al creditore (1).

Marcello 20 *dig.*, D. 45, 1, 98: « Existimo posse ⟨me⟩ id quod meum est sub condicione stipulari... aut, si hoc verum non est et alienum *fundum sub condicione stipulatus fuero*, isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio ». Dunque *confestim peremeretur stipulatio*, che non fosse condizionale, senza distinguere se a titolo oneroso o lucrativo, qualora il fondo stipulato si acquistasse dal creditore a titolo lucrativo.

Il supporre, anche in questo secondo passo, che Marcello intendesse una stipulazione a titolo lucrativo (2), è veramente strano. Anzitutto non si capisce come il giurista, che con tanta cura avverte la natura lucrativa dell'acquisto, non dovesse avvertire anche quella del titolo dell'obbligazione, se fosse altrettanto essenziale. Inoltre, gli esempi di stipulazione addotti in questo frammento da Marcello sono tali, da doversi piuttosto credere a titolo oneroso (3).

L'unica ragione di dubbio parrebbe desumersi da Giuliano (73 *dig.*, D. 44, 7, 19), che così scrive: « Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut

---

(1) Le ragioni, per cui ARNDTS, op. cit., 1, 233, e SALKOWSKY, op. cit., p. 127, n. 43, ritengono che la prima stipulazione sia stata *ex causa lucrativa*, non parranno valide a nessuno.

(2) Come fa per es. il SALKOWSKY, p. 134.

(3) Si avverta però che un legato a carico del debitore potrebbe avere precisamente per scopo di far avere gratuitamente al creditore quanto gli è stato promesso a titolo oneroso. Nel qual caso il creditore, che per legato acquista la cosa, potrà ancora agire *ex testamento* per farsi restituire quanto ha pagato o per ottenere l'*acceptilatio*, arg. D. 30, 84, 5. Ed è così solo che credo si possa arrivare ad una sana esegesi del noto fr. 108, 5 ib. (Afr. 5 *quaest.*): alla quale si avvicina il HARTMANN, *Obligatio*, pp. 9-10, benchè poi si lasci fuorviare dalle sue idee circa la natura dei legati. Il testatore lascia a carico dell'erede Tizio e a favore di Sempronio la cosa che questi

emptor intellegitur qui dotem petit. *porro cum creditor vel emptor ex lucrativa causa rem habere coeperit, nihilominus integras actiones retinent:* sicut ex contrario qui non ex causa lucrativa rem habere coepit, eandem non prohibetur ex lucrativa causa petere ».

Di solito si ricava da questo passo il principio che l'acquisto *ex causa lucrativa* non estingua la precedente obbligazione *ex causa onerosa* [1]. Federico Mommsen [2], pur seguace dell'idea qui difesa, stima che il giurista generalizzi qui incautamente; ma la cosa è poco verosimile, tanto più che il giurista è Giuliano. Il Hartmann trova poco felice la comparazione fra l'*emptor* e il marito, che pretende la dote (parificazione, del resto, non insolita nei testi nostri); la decisione — dice [3] — è istintivamente giusta, quantunque non bene formulata ed esposta. Nella dote si tratta di far servire il patrimonio a uno scopo sociale in tal modo, che l'ordine giuridico eleva questo scopo a principio informatore e dà per esso la sua figura speciale a un proprio istituto. Così solo si comprende perchè l'obbligazione dotale venga interamente mantenuta nonostante l'acquisto lucrativo. Il Windscheid [4] dice che, davanti ai molti testi che fanno lo stesso paragone di cui già si serve Giuliano, non gli par lecito seguire l'esegesi audace di Hartmann; da questo testo ricava la regola che, se l'obbligazione competeva al creditore per un onere, da cui egli non può esimersi, non perde il credito corrispettivo, pur acquistando *ex causa lucrativa* l'oggetto. Sicchè l'*emptor* perde il suo diritto, dal momento che può evitare di

---

si era già fatto promettere da quello. È valido il legato? Se la stipulazione era a titolo lucrativo, dice Giuliano che no; poichè esso non arreca alcun beneficio economico al legatario. Se era a titolo oneroso, allora deve stimarsi valido il legato, poichè il legatario, agendo *ex testamento*, potrà farsi rifondere il pagato o ottenerne *acceptilatio*. Ma perchè ciò si possa ammettere occorre che coincidano le persone del debitore e dell'erede gravato. Ad ogni modo il passo fu guastato dai compilatori, senza che noi possiamo sperare di ricostruire l'esatto ragionamento del giurista.

[1] SALKOWSKY, op. cit., p. 132.

[2] *Beiträge*, 1, 261.

[3] *Obligatio*, pp. 110-114.

[4] Op. cit., 2 § 343 *a* n. 8, p. 325.

pagare il prezzo o questo gli può essere rifuso; il marito non perde il diritto alla dote, poichè non può sottrarsi agli *onera matrimonii*.

Noi abbiamo invece sostenuto che sempre il debito si estingue, tanto per il compratore e simili, quanto per gli altri creditori; con le differenze, a favore di quelli, che derivano dalla buona fede e dalla bilateralità del negozio. Il passo di Giuliano, staccato dal suo contesto, presenta qualche oscurità. La ragione più semplice, per cui il marito mantiene il credito alla dote nonostante l'acquisizione lucrativa, sembrerebbe essere quella che chi riceve la dote è obbligato alla sua futura restituzione; nel qual caso il negare l'azione nuocerebbe ai terzi, nè si potrebbe coinvolgere l'acquisto fatto in via lucrativa nella causa dotale (cfr. D. 30, 108, 5).

Inoltre, non s'intende perchè si dica che l'*emptor*, acquirente *ex causa lucrativa*, mantenga *integras actiones*: sappiamo che il compratore ha tutt'al più l'*actio empti* (1), per ottenere la restituzione del prezzo. E chi è questo *creditor*? Forse che il marito non è senz'altro creditore della dote promessa? Forse che non si può essere creditore *ex causa lucrativa*? O deve pensarsi, per analogia all'*emptor*, al creditore che riceve *in solutum* una cosa?

---

(1) Dicevamo già come ci sembra naturale che, se si estingue l'obbligazione del venditore a consegnare la cosa, che *ex causa lucrativa* sia pervenuta al compratore, ciò si debba ricondurre a un principio generale, per cui tramonta un'obbligazione a titolo oneroso con il pervenire della cosa al creditore a titolo gratuito. L'azione del ricupero del prezzo è esplicitamente ricondotta dai giuristi alla *bona fides*, che qui domina tutto il negozio. Singolare è il modo, con cui il SALKOWSKY si svincola da così grave argomento. " Il principio — scrive (op. cit., p. 134 sg.) — è qui il medesimo (ossia quello negato da noi); soltanto viene modificato nella sua applicazione dalla natura dell'obbligazione reciproca. Se il creditore in tale obbligazione acquista ciò che gli si deve per altro titolo, si estingue la sua stessa obbligazione. Quindi, il suo interesse si limita al ricupero di quanto ha pagato ". Intanto notiamo: *a)* le fonti rappresentano il fenomeno precisamente nel senso inverso. È l'obbligazione del venditore che vien meno, e il compratore convenuto in giudizio si difende con la *exceptio doli,* in conformità ai principii consueti, " quia hoc iudicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem "; *b)* che l'interesse del compratore si limiti al ricupero del prezzo eventualmente sborsato, non è causa, ma effetto dell'estinguersi della obbligazione del venditore a procurargli la cosa.

Abbiamo, dunque, due fatti innegabili: che il marito, creditore della dote, mantiene il credito pur dopo l'acquisizione lucrativa; e che il compratore conserva (talora) le azioni nonostante l'acquisto lucrativo. I fatti sono congiunti da Giuliano con il seguente ragionamento: « Siccome il credito della dote non è causa lucrativa, così avviene per esso ciò che avviene pur nel caso di compravendita e simili, che cioè, nonostante l'acquisizione lucrativa, duri l'obbligazione ». Inteso così il testo, esso non offre appiglio a una dottrina generale; d'altronde, i citati esempi non permettono una diversa interpretazione. Le ulteriori determinazioni ci sfuggono, mancandoci il contesto.

Un altro punto, in cui la dottrina della *solutio* riuscì modificatrice con la sua influenza del vecchio principio, è quello cui si riferisce Africano, 5 *quaest.*, D. 30, 108, 1: « Si id quod ex testamento mihi debes quilibet alius servo meo donaverit, *manebit adhuc mihi ex testamento actio* et maxime, si ignorem ⟨rem⟩ meam factam esse: alioquin (¹) consequens erit, ut etiam, si tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris: quod nullo modo recipiendum est, *quando ne solutione quidem invito me facta libereris* ». Si è dedotto da questo passo essere necessaria la stretta identità personale (²). Ma più correttamente altri hanno avvertito allo stretto nesso che intercede fra questo testo e i principii svolti nel diritto classico in materia di *solutio* (nesso, a cui del resto il passo medesimo esplicitamente accenna); non è, infatti, ammissibile che liberi il pervenire la cosa nel potere del creditore in circostanze tali, in cui la stessa dazione della cosa a fine di pagamento non opererebbe liberazione (³). Hartmann (⁴) anche qui si lagna con Africano, che non ha colto nel segno con il suo ragionamento e che, invece di motivare semplicemente il suo responso con il dire che « nach der besonderen Natur der Schenkung bei noch ausstehender Acceptation die andere causa lucrativa noch nicht perfect worden ist », si sforza di rendere plausibile la deci-

---

(¹) Cioè: " nel caso che ad ogni modo il pervenire della cosa a chi è subbietto alla nostra potestà estingua l'obbligazione ".

(²) Sell, op. cit., p. 35 sg.

(³) Arndts, loc. cit., p. 269; cfr. i miei *Legati*, p. 614 n.

(⁴) Op. cit., pp. 79-81.

sione istintivamente giusta con una analogia apparentemente calzante. Ma io rispetto l'istinto dei giuristi romani; li credo migliori ragionatori di quegli stessi critici, i quali li vorrebbero correggere. Ha fatto benissimo Africano a ricorrere all'esempio della *solutio,* non per arrecare una semplice analogia, ma per dinotare efficacemente il momento comune. Le ragioni, per cui poi i giuristi romani non hanno qui ammesso la forza liberatrice della *solutio,* sono in sostanza quelle, a cui accenna il Hartmann, quali peregrine deduzioni che scendono dalla considerazione del « momento finale » dell' obbligazione. Ma queste Africano sottintende con ogni savio lettore, e solo con sicuro e rapido tocco fa comprendere quale sia il vero fulcro della decisione.

Importante per lo studio della ragione intima del nostro principio è pur di limitare bene il campo obbiettivo della sua efficacia. È notevole che i testi, ove parlano di elisione dell' obbligazione per essere pervenuta la cosa al creditore d'altronde, fanno sempre l'ipotesi di obbligazione *ad dandam rem seu speciem,* od escludono affatto quel principio per il caso che l' obbligazione miri a dare quantità o cose determinate solo genericamente o alternativamente. Nell' ultimo caso, almeno, il fenomeno potrebbe aversi, qualora tutte le cose dedotte in alternativa pervenissero per altre cause (lucrative) al creditore. Inutile citare i testi comprovanti tali principii; essi si trovano in tutti i trattati [1]. Questa dottrina però, secondo le avvertenze del Hartmann [2], a cui ora accede il Windscheid [3], non sarebbe assoluta. Secondo il Hartmann, quando le varie obbligazioni mirano tutte ad assicurare lo stesso interesse patrimoniale e perseguono l' identico scopo, basta che una *ex causa lucrativa* sia attuata, perchè le altre, o di quantità o generiche ovvero anche alternative, si estinguano parimenti per mancanza d' interesse e di scopo. Lo stesso dovrebbe dirsi di obbligazioni *ad faciendum* aventi uno scopo comune. Il Windscheid estese logicamente il principio di Hartmann, per es., al caso di varie obbligazioni miranti a risarcire lo stesso

---

(1) Cfr. del resto i miei *Legati,* p. 616 sgg.
(2) Op. cit., pp. 82-85.
(3) 4ª ediz., 2, pp. 322-323.

danno e al caso, in cui l' opera da prestarsi dal debitore si compia per evento naturale (per es., le acque portan via un argine, che il debitore si era assunto di rimuovere). Nelle fonti stesse il Hartmann avrebbe trovato una conforme decisione, per il caso in cui il legatario di una tessera frumentaria « viva testatrice.... ex causa lucrativa (eam) habere coepit » (D. 31, 87 pr.). Il giurista decide avere il legatario tuttavia diritto alla *aestimatio*; ma non per il fatto che si tratti di legato generico, bensì perchè « tale fideicommissum magis in quantitate quam in corpore consistit » : ossia, perchè non si tratta tanto di far pervenire la tessera, quanto di conferire un beneficio economico al fedecommissario. Poniamo pure che qui si tratti di legato generico; si avverta però che è un caso, in cui non si può far pervenire più di una cosa al creditore, giacchè niuno può essere titolare che di una sola tessera (1).

E, in realtà, i casi citati da Hartmann e Windscheid si riducono a prestazioni divenute impossibili. Non è più possibile distruggere un argine, che sia stato già portato via dalle acque, completare una quadriga o un' opera letteraria ormai già completa, risarcire un danno già rifatto e così via. In tali ipotesi siamo in condizione analoga a quella in cui si è nel caso di obbligazione *ad dandam speciem*, se la specie pervenga d' altronde al creditore. La obbligazione è venuta in tali circostanze, in cui non avrebbe potuto sorgere. Sarebbe nulla inizialmente una obbligazione diretta a completare un' opera, che il creditore senza sapere ha già completa; a togliere un argine, che intanto le acque hanno già portato via, etc. Così sarebbe per sè stessa nulla un' obbligazione diretta a procurare ad uno, che già ne possiede, una tessera frumentaria, se l' oggetto di tale obbligazione non s' interpretasse in modo particolare. Ora, le fonti non si occupano direttamente di quei casi. Ma è certamente logico applicare lo stesso trattamento, che si applica nel *concursus causarum* per le obbligazioni di dare una specie; nè si può dubitare che i giuristi romani avrebbero così de-

---

(1) " Daher ist erklärlich dass die Tessera als Eintrittsschein nur einmal verliehen wird „: PERNICE, *Ztschr. Sav.-St.*, R.A., 5, p. 100; cfr. HIRSCHFELD, in *Philologus*, 29, p. 16 sg.; MARQUARDT, *Staatsverwaltung*, 2, p. 12 sg.

ciso [1]. Non si vede per altro come il Hartmann voglia ricavare le conseguenze, di cui più avanti parleremo [2].

A proposito delle obbligazioni alternative e generiche si debbono fare ancora speciali avvertenze. Le prime (e per alcuni giuristi anche le seconde) non possono mai abbracciare quegli oggetti che, al loro nascere, erano in proprietà del creditore: « quod nostrum est, nobis dari non potest ». La conseguenza era che, se uno avesse stipulato Stico o Panfilo, e Stico fosse stato suo al tempo della stipulazione e poi fosse uscito dal suo dominio, non gli potrebbe essere pagato dal debitore, poichè ad esso non si riferiva l'obbligazione: « etiamsi desierit eius esse, non recte solvitur » Paul., 10 *quaest.*, D. 45, 1, 128. Cfr. Marcello, 20 *dig.*, D. 46, 3, 72, 4: « nec si meus esse desierit (Panfilo), liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio nec solutio ». Parimenti scrive Papiniano, 17 *quaest.*, D. 31, 66, 3, che « ab initio non consistit (il legato generico di un servo) in his qui legatarii fuerunt »; e quindi non può essere dato uno di questi, che poi esca dal dominio del legatario. Ciò si desume chiarissimamente dal passo, come anche più avanti vedremo. A proposito della obbligazione di genere esita invece Marcello ad applicare il principio: riconosce che « vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant », ma ammette che si possa pretendere anche la cosa dello stipulante uscita dal suo dominio, a condizione che, ove sia divenuta impossibile la prestazione di tutte le altre del genere indicato, la cosa

---

[1] È, sostanzialmente, la stessa ragione per cui, se il testatore lega a Tizio *centum quae mihi debet* e il debito di Tizio, vivente il testatore, si estingue, si annulla il legato (per es., D. 34, 3, 21 pr.; 25). Non si nega da nessuno la possibilità di far pervenire altri 100 a Tizio; ma il testatore non voleva in astratto arricchire Tizio di 100, bensì liberarlo da un vincolo concreto. Raggiunto una volta questo scopo, l'esecuzione del legato diventa impossibile. Ora non sembra che il Hartmann abbia tenuto calcolo sufficiente del principio che l'impossibilità si misura sempre in tale maniera.

[2] Cfr. per qualche analogia i casi, cui si riferisce Marciano, 2 *regul.*, D. 46, 3, 44: " In numerationibus *aliquando* evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento ". *Aliquando* è detto in contrapposto alla dazione di certa specie, per cui invece il fenomeno non era così raro e ristretto.

sia uscita dal dominio del creditore prima che tale impossibilità siasi verificata [1]. Evidentemente Marcello pensa che, sebbene nel fatto i contraenti non potessero riferirsi alle cose, che erano al tempo della stipulazione nel dominio del creditore, tuttavia niuno degli oggetti contenuti nel genere fu esplicitamente dedotto *in obligationem*. Ciò dunque si spiega, senza ricorrere al pensiero che l'obbligazione generica implichi condizione [2]; nella quale ipotesi la difforme opinione di Papiniano non si capirebbe. Naturalmente poi esige Marcello che nella sua fattispecie la cosa esca dal dominio dello stipulante, prima che si avveri l'impossibilità di prestare le altre; occorre cioè (non avendo trionfato nel diritto romano la tentata teoria delle obbligazioni intermittenti) che la cosa divenga oggetto suscettibile di prestazione, mentre l'obbligazione è ancora in vita [3].

Nulla vale a meglio confermare la verità delle cose dette, quanto il seguente punto. I giuristi romani stettero fermi nell'ammettere che ciò che pervenisse, dopo sorta l'obbligazione alternativa, nel dominio del creditore non potesse, ancorchè di nuovo uscitone, formare oggetto di *solutio*. Era ricaduto l'oggetto in condizione tale, che *ab initio* non avrebbe potuto entrare *in obligationem*; rispetto ad esso l'obbligazione non poteva quindi più sussistere. Papiniano in coerenza con le sue idee ammette lo stesso per l'obbligazione generica. La dottrina dovette (come ben s'intende) essere già svolta dagli antichi; e

---

(1) Loc. cit., § 4 cit.

(2) Come fa il MOMMSEN, *Beiträge*, 1, p. 337.

(3) Ammettiamo dunque la divergenza fra Marcello e Papiniano. Per il diritto giustinianeo prevarrà certo l'opinione del primo, che si trova espressa *in sede materiae* e che si conforta con l'analogia di altre decisioni in materia di compravendita: cfr. per es. D. 18, 6, 15 (14), 1 con D. 18, 1, 34, 6; cfr. anche ASCOLI, *Bull. ist. di dir. rom.*, 1, p. 89 n. Fra i tentativi di conciliazione tra il fr. 66, 3 e il fr. 72, 4 l'ultimo è quello di RYCK, *Lehre von den Schuldverhältnissen*, 2, p. 206 n., per cui Marcello si riferirebbe a un genere indeterminato, Papiniano a un genere determinato, affine molto al caso di alternatività (cfr. pure BRINZ, *Pandekten*, 2, § 242). Ma i testi non concedono di aderire a tale ipotesi. Marcello pensa a un genere rigorosamente determinato; ecco infatti l'esempio, che adduce: “ hominem ex his, *quos Sempronius reliquit*, dare spondes? „. Vedi anche la decisione di Giuliano, D. 45, 1, 54 pr. Si noti del resto che le fonti stesse accennano a dubbi, per es. D. 46, 3, 67: “ in nummis minor vel prope nulla dubitatio est „.

infatti già Servio Sulpicio aveva insegnato (D. 46, 3, 67) « eum qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet... posse saepius aliquot nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere ». Cioè, il denaro, già entrato in dominio del creditore con il pagamento e poi nuovamente uscitone, può di nuovo essergli pagato a estinzione dell'obbligazione medesima, trattandosi qui di una quantità di cose fungibili e non di una specie. L'avere Servio Sulpicio insistito su ciò mostra quanto fosse generale il principio che, pervenendo al creditore una cosa che sia *in obligatione*, mentre l'*obligatio* stessa è in vita, ciò rende quell'oggetto impossibile a prestarsi, ancorchè poi esca dal dominio del creditore. Il che ha per conseguenza che, se l'*obligatio* si riferisce alla dazione di specie determinate, con quel fatto essa viene ad estinguersi. L'aver distinto le quantità fungibili dalle specie (prima è da credersi che si tendesse ad applicare a quelle lo stesso trattamento) è merito appunto degli ultimi giuristi repubblicani [1]. Se più tardi tale responso fu oggetto di dubbi, non fu certo perchè si volessero coinvolgere le *quantitates* nel trattamento dei *corpora*, ma perchè lo sviluppo della dottrina della *solutio* sembrava non conciliarsi con l'efficacia liberatoria della prestazione di cose da restituirsi. A Marcello sembrano fuor di luogo tali scrupoli (fr. 67 cit.: « etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur »); ma i *quidam* da lui biasimati trovano qui sostegno nella scuola papinianea, arg. fr. 55 *eod.* (Ulp. 61 *ad ed.*): « Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur ».

Marcello nel frammento citato confessa che era molto dubbio se colui, il quale avesse assunto l'obbligo generico di prestare due *homines*, potesse liberarsi dandone uno e, dopo che fosse uscito dal dominio del creditore, tornandolo a prestare. Egli, in piena conformità alle sue dottrine sull'obbligazione generica, è, come era facile indovinare, per l'affermativa. Infatti, se niuno degli oggetti componenti il genere è *ab initio in obligatione*, è chiaro che niuno può uscirne. Gli avversari erano certamente coloro, che, come poi Papiniano, avevano diverse idee sulla posizione rispetto all'*obligatio* degli enti

[1] Cfr., per es., Gai. 2, 196.

costitutivi del genere designato ([1]). E difatti troviamo nel citato fr. 66, 3 che Papiniano ammetteva che, « ut ab initio (il legato) non consistit in his qui legatarii fuerunt, *ita frustra solvitur, cuius dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desi[n]it* ». E si avverta che « eadem ratio stipulationis est ». Lo stesso Papiniano ai §§ 1-2 *ibid.* tratta una specie molto notevole. Se oggetto di un legato è una determinata parte intellettuale di una cosa (per es., *pars quae Maevii fuit*) e la parte perviene *ex causa lucrativa* al legatario, ha luogo la consueta estinzione dell'azione (*ex alia causa*, perdura l'azione per l'*id quod abest*). Se invece oggetto del legato è *simpliciter* una quota intellettuale, e una quota perviene d'altronde al legatario, che di nuovo la perde, questa può benissimo venirgli data per pagamento del legato, « hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter heres solvere », poichè « plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis optinent ». Vale a dire: la quota intellettuale è un ente astratto, a cui non corrisponde una concreta individualità.

È notevolissimo che in tutta la materia ultimamente trattata ([2]) i giuristi romani non distinguono mai fra cause lucrative e onerose. Il che ha gran senso e getta molta luce su tutto il nostro tema. Si ponga dunque che a Tizio sia legato il servo Stico e che Tizio, ignorando il legato, comperi il servo. Secondo i principii svolti, per il diritto classico il legatario converrà tuttavia l'erede per avere l'*id quod abest*. Ma l'erede non si libererebbe efficacemente prestando il servo Stico, che fosse intanto uscito di nuovo dal dominio di Tizio. Il servo Stico non è più, come individuo, *in obligatione*; non è più oggetto suscettibile di prestazione. L'obbligazione perdura per avere l'*id quod abest*, ma in quanto all'uomo Stico, come specie, esso non esiste più. Come va, si può chiedere, che l'*intentio* dell'azione è sempre

---

([1]) Che per Papiniano gli oggetti componenti il genere fossero *in obligatione* pare a me chiaro da D. 31, 66, 3: " hominis enim legatum orationis compendio *singulos homines* continet, utque ab initio *non consistit* in his qui legatarii fuerunt etc. ". Coerentemente Marcello avrà ammesso che il debitore in genere di un servo potesse liberarsi dando uno che, libero al tempo della contratta obbligazione, sia poi caduto in servitù.

([2]) P. 406 sgg.

concepita così: « si paret A^{um} A^{um} N^{o} N^{o} Stichum hominem dare oportere » ? Può tale concezione conciliarsi con il fatto che Stico non è più *in obligatione?* Io credo senza dubbio, nel modo stesso che, se Stico fosse morto (e quindi, come individuo, non più sicuramente *in obligatione*) e il convenuto dovesse prestare l'interesse all'attore, l'*intentio* si dirigerebbe sempre a *Stichum hominem dare oportere.* Nè in ciò vi ha nulla di repugnante, ove s'intenda il rapporto fra *intentio* e *condemnatio* a un dipresso così: « Si osservi se esista un vincolo per cui il convenuto s'è obbligato a prestare Stico all'attore, e, se esiste, si condanni il convenuto a prestare tutto ciò che tale vincolo importa ». Ora un simile formulario non è assurdo, se anche Stico, o per ragioni naturali o per ragioni rigorosamente giuridiche, non può più essere oggetto di prestazione.

Queste considerazioni, mentre servono di riprova a tutto lo svolgimento storico delineato da noi, c'insegnano il vero fondamento della teorica in diritto classico.

La specie, che è in proprietà di alcuno, non può formare oggetto di una obbligazione diretta a dare allo stesso quella specie. Quindi, se l'obbligazione è semplice (non generica e non alternativa), essa non può sorgere. Lo stesso effetto ha il pervenire della cosa al creditore per qualsiasi causa durante la vita dell'obbligazione. Qui però bisogna distinguere. Altro è che la cosa, in sè stessa e come individuo, esca affatto dall'obbligazione, e altro è che la obbligazione rimanga tuttora in vita per raggiungere altre prestazioni, come in determinate circostanze potrebbe per es. sussistere un'obbligazione diretta a dare un fondo, che poi divenisse sacro o religioso, o a dare Stico, che poi o diventasse libero o morisse.

Quando l'obbligazione continuerà a sussistere, nonostante il pervenire *ex alia causa* della cosa al creditore? Quando, se la cosa stessa in quelle condizioni fosse stata prestata al creditore a titolo di pagamento dell'obbligazione stessa, non sarebbe totalmente liberato il debitore. Siccome l'antico diritto molto più facilmente riteneva estinta l'obbligazione con la dazione della cosa al creditore *solvendi causa* (poichè badava più al letterale corrispondere del fatto alla formula dell'*intentio*, che non allo spirito vero dell'obbligazione e alla volontà delle parti), così in esso era assai più frequente il caso, che il *concursus causarum* non si potesse attuare.

L' errore dei moderni, che hanno combattuto la dottrina per cui si avrebbe in tali casi una estinzione della obbligazione per impossibilità di attuazione, deriva in gran parte dalla cattiva maniera con cui questa fu sostenuta. Si parlò di una « impossibilità materiale di eseguire l' obbligazione », e questa non esiste punto. Fu quindi facile agli avversari mostrare che il concetto non reggeva. Non si tratta che la prestazione sia impossibile materialmente; essa è impossibile giuridicamente soltanto. L' oggetto è, per il diritto, sottratto al vincolo, non è più *in obligatione*. Il motivo poi, per cui il diritto statuisce questo, si è che per un oggetto in tali condizioni l' obbligazione non avrebbe potuto nascere. Così ci spieghiamo benissimo, perchè talora i testi accennino all' argomento nostro, ove è discorso delle cose che non possono formare oggetto di obbligazione; per es., Pap., 17 *quaest.*, D. 31, 66, 3-4, dopo avere discorso della cosa pervenuta *ex alia causa* al legatario, parla poi del fondo legato fatto religioso. I casi invece addotti da Hartmann e Windscheid vanno assunti sotto altra categoria e cioè ricadono in quella della naturale impossibilità della prestazione.

Una conseguenza diretta della nostra dottrina si è che nel diritto moderno non ha più ragione di essere la regola circa il concorso delle cause lucrative, mancando il nostro diritto di quelle norme giuridiche, da cui detta regola scaturisce. Per noi non esiste più un « cessare di essere *in obligatione* », nel senso romano, degli oggetti che pervengano al creditore. Quindi, la disposizione dell' articolo 843 cod. civ. (1) costituisce una vera *inelegantia iuris* nel sistema del nostro diritto (2). Si avverta anche che male si suole sostenere l' articolo 843 con il ricorso alla presunta volontà del testatore, come vedremo.

(1) Cfr. cod. Alb., art. 819; cod. Estense, art. 82.

(2) Più saggiamente il codice Parmense (che in molti punti di questa materia è superiore ai suoi confratelli) dispone all' art. 687: " Quando però (il legatario) l' avesse ricevuta (la cosa legata) dal testatore medesimo a titolo gratuito, il legato deve ritenersi per tolto ". È infatti ben presumibile che qui nella intenzione del testatore vi sia una anticipata attuazione del legato. Così già il cod. austriaco, § 661 (cff. UNGER, *Oesterr. Erbrecht.* § 67).

Alla dottrina mommseniana della impossibilità dell'esecuzione il Hartmann ne contrappone nel suo scritto citato un'altra, dedotta dalle sue particolari idee circa l'essenza dell'*obligatio* (1). Per lui la prestazione come atto del debitore è indifferente al concetto di *obligatio:* questa è diretta solo e semplicemente a quel determinato effetto. Quando esso siasi o per opera del debitore o per qualsiasi altro modo avverato, l'obbligazione deve reputarsi adempiuta. « L'obbligazione si estingue con la piena soddisfazione dell'interesse, che ne forma la base, e col raggiungimento così ottenuto del proprio scopo, ancorchè tale effetto non provenga da essa nè ad essa sia diretta, ma venga invece da altra indipendente causa giuridica » (2).

Ora son note le critiche mosse contro il concetto generale di *obligatio*, secondo il Hartmann; soprattutto fu bene notato non essere per nulla indifferente al concetto di obbligazione l'atto del debitore, sicchè anche senza di esso potesse discorrersi di adempimento di quella (3). Fu anche bene avvertito quanto vago e incerto sia il concetto di scopo, interesse patrimoniale, etc., che il Hartmann ritiene essenziale al concetto di obbligazione (4). Se non che, data per un istante la verità di quel suo principio, io non credo che con esso si spieghi il vietato concorso delle cause lucrative, neppure per il caso, che si accolgano per es. le idee esposte in altra monografia dal Hartmann sulla natura del legato (5). Si avverta bene che per lui e i suoi seguaci l'esecuzione dell'obbligazione è possibile anche dopo che la cosa è pervenuta al creditore, sia pure a titolo lucrativo. Nulla vieta che il debitore possa acquistare la cosa dal creditore (come l'acquisterebbe da un terzo) per prestargliela; e nulla ancora vieta che, per evitare siffatto ricevere per dare, il creditore possa senz'altro pretendere l'*aestimatio*. Ora, basta concedere la possibilità di tutto questo per dovere ammettere che lo scopo è tuttavia raggiungibile e che quindi l'obbligazione resta in piedi.

---

(1) A un dipresso così il Van Wetter, *Obligations*, 3, p. 664.

(2) P. 69.

(3) Cfr., per es., Windscheid, *Pand.* 6, 2, § 251 n. 2.

(4) Mitteis, *Die Individualisirung der Obligation*, p. 13.

(5) Vedi in contrario i miei *Legati*, pp. 33-72.

Rimane sempre a spiegare perchè, essendo gli scopi nella forma della prestazione uguali in ambe le obbligazioni, il raggiungere uno per una causa mi deva impedire di raggiungere il secondo per l'altra. Si tratta infatti di scopi simili; non dello stesso scopo, chè neppure il Hartmann sostiene che lo scopo si concentri tutto in quella forma di prestazione. Per cause e ragioni indipendenti sorgono due obbligazioni dirette a procurarmi quella cosa; perchè non potrò io far valere gli scopi di entrambe, se sono entrambi raggiungibili? Lo scopo, per es., del legato non è solo che io legatario abbia l'oggetto X; ma che l'oggetto X mi pervenga dal patrimonio del testatore, come beneficio e ricordo suo. Ora, tale scopo non è ancora raggiunto se l'oggetto X mi perviene per donazione di un terzo.

Ma poniamo che questo scopo sia veramente lo stesso; se è attuabile più volte, perchè non lo si raggiungerà, dal momento che si tratta di cause diverse e indipendenti, di cui l'una (s'avverta bene) non è punto destinata ad assicurare semplicemente l'attuazione dell'altra? Per cui, o questa teoria coinvolge una petizione di principii, ovvero tacitamente presuppone quella impossibilità di esecuzione, che pur vorrebbe combattere. E io qui mi limito a criticare il ragionamento astratto del Hartmann; giacchè, se poi veniamo alle fonti nostre, basterebbe citare i frammenti addotti e di solito trascurati, sui quali invece la nostra spiegazione soprattutto riposa.

Gli è infatti che in nessun negozio giuridico, e tanto meno in quelli che generano un vincolo obbligatorio, può pensarsi uno scopo finale affatto indipendente dalla volontà delle parti. E ben si comprende come gli autori, i quali, scossi dalle critiche di Hartmann, hanno abbandonato la teorica dell'estinzione per l'impossibità di esecuzione, siano ricaduti nel tentativo di Arndts (1) di spiegare il fenomeno ricorrendo alla presumibile volontà delle parti, non riuscendo loro di accomodarsi alla nuova categoria dello scopo (2). Ecco la formola di Wind-

---

(1) Loc. cit., vol. I, p. 257 sgg.; 288 sg.; 341 sg.

(2) Vedi C. Schmidt in *Jhering's Jahrbücher*, 20, 411 sg.; Mitteis, *Individualisirung der Oblig.*, p. 14; cfr. Pernice, loc. cit., p. 3 n.; Windscheid nelle ultime edizioni delle *Pandette*, § 343*a*, nota 6 (nelle prime edizioni fino alla quarta il Windscheid seguiva le orme mommseniane, § 361); Sal-

scheid, che, se non è la più chiara, è tuttavia la più decisa: « la volontà, che ha creato l'obbligazione, vi ha posto solamente per termine che il creditore abbia ciò che ora ha: non ha quindi voluto più il credito per questo caso ». Ora, tutto ciò, come si deduce anche dalle cose dette, è falso. Nulla in tutta questa materia si riferisce alla volontà delle parti; i testi non vi accennano mai, e un breve esame convince subito che il trattamento non si uniforma alla presumibile volontà delle parti.

Il testatore ignora che il legatario ha comperato il giorno avanti il fondo Corneliano; glielo lega, e il legato è nullo. Il legatario compera il fondo il giorno dopo e il legato è valido; egli ha diritto alla rifusione del prezzo. Si pensi pure al caso, in cui il legatario abbia conseguito prima l'*aestimatio* (1), in confronto del caso, in cui abbia acquisito prima la cosa. La stessa distinzione fra acquisto a titolo lucrativo e acquisto a titolo oneroso è indifferente per il testatore; se egli vuole davvero che il legatario, avendo già la cosa, ottenga l'*aestimatio*, ossia l'equivalente, non vorrà certo privarnelo nel caso che la cosa siagli pervenuta a titolo gratuito. La grave contraddizione in nessuno meglio si fa palese che nell'Arndts, che pure è il precipuo sostenitore di tale dottrina. Egli giustifica il divieto del concorso delle cause lucrative ricorrendo alla presumibile volontà delle parti, e poi dice che la presunzione di volontà giustifica invece il § 661 del Codice Austriaco, che contiene l'opposta massima. Cosa assai elastica la volontà delle parti!

Contro tale teoria sta anche il fatto che la regola nostra non è meramente interpretativa (2): essa ci è presentata nelle fonti come un principio assoluto, che non ammette la prova

---

KOWSKY, op. cit., p. 141 sg.: " ist unser Rechtssatz hervorgegangen aus einer Auslegung des Willens, der sich in der unentgeltlichen Zuwendung kundgiebt ".

(1) Si immagini soprattutto che anche il secondo erede sia costretto a dare l'*aestimatio*, perchè, per es., il possessore della cosa non la vuol cedere. Sarà dunque volontà del testatore che l'*aestimatio* si dia, se il legatario l'ha già conseguita dal primo erede, non invece se ha avuto la cosa? Ne dubito assai.

(2) Come dicono a torto l'ARNDTS, loc. cit., p. 257, e lo SCHMIDT, loc. cit., p. 140.

del contrario. Ciò è ben confessato dal Salkowsky [1], che dà così un ben grave colpo alla sua teoria. L' Arndts e i suoi seguaci [2] citano in loro appoggio D. 32, 21, 1 (Paul. 4 *sent.*):

« Fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum extingui placuit, *nisi defunctus aestimationem quoque eius praestari voluit* ».

Il Salkowsky comincia ad avvertire che qui si tratta di acquisto fatto prima del *dies cedens*; ma questo, come abbiamo già avvertito contro di lui, non sottrae questo passo da quelli che si devono addurre per chiarire la nostra regola. Del resto, egli sarebbe impacciato a dare una ragione della differenza di trattamento fra i due casi, dopo aver detto che qui si esplica nell' uno e nell' altro lo stesso principio [3]. Ma si avverta invece: *a)* che, per quanto concerne il testo genuino di Paolo, quelle parole sottolineate appartengono ad una notissima serie di interpolazioni e quindi non vengono in considerazione; *b)* che per il diritto giustinianeo è ovvio pensare ad una esplicita volontà del defunto. Allora si deve l'*aestimatio*, non perchè sia caduta la presunzione di contraria volontà, ma perchè, a ben vedere, il defunto ha ordinato un fedecommesso disgiuntivo. E certamente nulla può ostare alla validità di un fedecommesso del prezzo di cosa pertinente al legatario, come è valida la stipulazione del prezzo di cosa del creditore: cfr. Ulp., 78 *ad ed.*, D. 45, 1, 82 pr.: « Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter ».

[1] Loc. cit., p. 142.
[2] Anche il WINDSCHEID, *Pand.*[6], 2, 324.
[3] Op. cit., p. 126.

Le presunzioni in diritto romano (*).

« Praesumere » e « praesumptio » nelle fonti.

Fra i vari significati, che la voce *praesumere* (e derivati) ha nelle fonti nostre (1), è notevole quello, per cui s' indica che qualche cosa si ammette senza bisogno di prova. Un tale significato non è infrequente nelle costituzioni giustinianee: C. 4, 5, 11, 1 « praesumptionem transactionis non contra eos induci »; 4, 28, 7, 1 « ex praesumptione omnis miles non credatur in aliud quicquam pecunias accipere et expendere nisi in causas castrenses »; 6, 27, 5, 1^b « ex ipsa tutelae datione praesumatur

(*) [In *Riv. it. per le scienze giur.*, XIV, 1892, pp. 258-294].

(1) Il verbo *praesumere* nella sua letterale significazione di " prendere prima, prendere a preferenza " si trova negli scrittori: cfr. per es. Tacito, *Ann.*, 14, 3. Nelle fonti giuridiche l' unico esempio, che mi è noto, sta nell' *Epitome Gai*, 7, 5, 2. Assai affine è il senso di " prevenire, preoccupare ": Plinio, *Epist.*, 6, 10. 3, 1; Verg., *Aen.*, 11, 18; Seneca, *ep.* 107; Quintil., *Inst.* 9, 2: in questo senso però la parola non è mai nelle fonti giuridiche. Nelle costituzioni degli imperatori cristiani la voce si trova usata nel senso di " prendere a torto, usurparsi, arrogarsi " (Valentiniano e Valente, Arcadio e Onorio, Giustiniano): C. 1, 24, 1: " extortis titulis vel *praesumptis* "; 5, 27, 7, 3: " ius nomenque ... *praesumant* "; 12, 50 (51), 6, 1: " vetitum sibi cursum publicum ... *praesumpserit* "; 12, 52 (53), 2 pr. " ius atque arbitrium sibi *praesumere* "). Donde è facile spiegarsi il significato che assume *praesumere* negli scrittori (e nelle fonti giuridiche) *sequioris aevi*, di " osare, ardire ". Così pure nell'Autentico, ove rende il τολμᾶν del testo greco, nelle *leges barbarorum*, nel *corpus iuris canonici*.

Praesumere nei buoni scrittor idell'età argentea e nei giuristi classici trovasi nel senso di " credere, opinare " (letteralmente: opinione presa, seguita a preferenza): una degenerazione di questo significato si ha nell' uso tecnico giustinianeo (ignoto, come mostriamo nel testo, ai giuristi classici, e, come

etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse ». Cfr. Inst. 3, 29, 3[a]: « quasdam de hoc (animo novandi) praesumptiones alii in aliis casibus introducebant ». In taluni casi neppur si ammette prova in contrario: C. 6, 27, 5, 1[b] « praesumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse »; in C. 8, 15, 7 « iusta praesumptio » dicesi il tacito pegno degli *invecta ed inlata*. Nelle Novelle risponde nei medesimi usi la voce πρόληψις (con cui infatti i bizantini rendono la *praesumptio* nel senso accennato): per es. Nov. 22, 20, 2. 39, 1. 136, 2 e 5 (1).

Nelle genuine reliquie del diritto pregiustinianeo non troviamo alcuna traccia di siffatto uso della voce *praesumere*. È anzi a questo riguardo molto importante il raffronto tra Paul. Sent. 3, 4, 15 e D. 48, 10, 18, 1, tratto dalla stessa opera e libro.

Sent. 3, 4, 15: « Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, ut suspectus a tutela removendus est, ad quam ultro videtur adfectasse ».

D. 48, 10, 18, 1: « Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse *praesumitur*, quod ultro tutelam videtur affectasse, tamen etc. ».

---

i lessici insegnano, ai non giuristi), per cui *praesumere* equivale ad ammettere senza esigenza di prova. Nel digesto troviamo " *praesumptio* Carbonianae bonorum possessionis „ (D. 37, 10, 3, 13) e " *praesumptio* Carboniani edicti „ (D. 43, 4, 3, 3). Il Burckhard (*Die civilistischen Präsumptionen*, p. 109 sg.), che in tutta questa trattazione diverge grandemente da noi, intende qui per *praesumptio* " die Vermuthung, die infolge des Edictes zur Einräumung des Nachlassbesitzes hinreicht „. Ma io non so davvero quale " Vermuthung „ l'editto Carboniano contenga. *Praesumptio* potè dirsi la " posizione preferita, favorita „ di alcuno, come si disse l'opinione " prescelta, preferita „: sicchè qui *praesumptio* verrebbe a significare a un dipresso *privilegio*. Cfr. anche l'interpolazione giustinianea in C. 8, 12, 11 (12) (cfr. C. Th. 15, 1, 34): " nemini excusatione vel *alia praesumptione* ab huiusmodi immunitate praebenda „; cfr. c. 7 ibid.: " neque aliquis ab huiusmodi consortio dignitatis *privilegiis* excusari „. Secondo altri, poi, *praesumptio* dovrebbe qui prendersi letteralmente (cfr. Bas. 40, 5, 3: τὸ λαβεῖν) e indicherebbe il fatto che l'impubere in forza dell'editto comincia a prendersi, ad occupare il patrimonio ereditario: così Gradenwitz, *Zeitschr. der Sav.-St.*, R.A., 7, 75. Se i due testi citati sieno o no interpolati (come il G. inclina a ritenere), è questione per l'attuale nostro proposito irrilevante.

(1) In diversi significati πρόληψις si fa corrispondere a *praesumptio* in Cicerone, *de divin.*, 2, 53, 108 e in Quintiliano, *Inst.*, 9, 2.

Nell' unico passo pertanto di autore classico contenente la voce *praesumere* nel detto significato, per cui possiamo stabilire un diretto confronto, la voce stessa risulta interpolata.

Se noi ora esaminiamo gli altri brani dei classici contenuti nel Digesto (1), troviamo:

a) una serie di testi non sospetti nè per il contenuto nè per la forma, che contengono la voce *praesumere* e derivati nel semplicissimo significato di « credere, opinare, supporre », esclusa qualsiasi relazione con la forma e con la prova di atti o fatti giuridici.

Ulp., D. 12, 3, 7: « Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare, quam dominum litis... »: « è opinione comune, che.... ». Il testo non è stato considerato dal Gradenwitz.

Pap., D. 12, 6, 3: « .... ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat... ». Per ragioni insufficienti (che poi non si riferiscono a questa frase) crede il Gradenwitz interpolata la voce *praesumpserat*.

Ulp., D. 21, 1, 31, 21: «... praesumptum etenim est (è opinione dei compratori) quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata... ». Ne tace il Gradenwitz. Il vero senso di *praesumptum est* qui e nel passo seguente è: « si è formata e si mantiene questa opinione ».

Ulp., D. 21, 1, 37: « ... praesumptum est enim ea mancipia, quae rudia sunt, simpliciora esse et ad ministeria aptiora et dociliora.... ».

Ulp., D. 29, 2, 30, 4: « totiens igitur ei sua praesumptio (la sua opinione) proficit, quotiens concurrit cum veritate ». Il Gradenwitz pensa ad una interpolazione, per il solo motivo che il § 4 direbbe cose superflue dopo quanto fu esposto nel § 2. Ma, se anche ciò fosse vero, non proverebbe molto, trattandosi del commento di Ulpiano a Sabino.

---

(1) Non distingue il GRADENWITZ nel citato articolo (*Ztschr. d. Sav.-St.*, R.A., 7, 70 sg.) le due categorie di testi, il che a mio avviso è forse la ragione per cui i suoi risultati, in parte accettabili e ben dimostrati, non furono apprezzati come si meritavano. Egli ha ritenuto interpolati alcuni testi, che a ben vedere non presentano alcun grave indizio di alterazione e in cui le voci *praesumere*, *praesumptio* si usano in modo affatto conforme a quello dei buoni scrittori non giuristi.

Pap., D. 31, 67, 10: « ... fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat » (che aveva avuto una migliore opinione). Ne tace il Gradenwitz.

Paul., D. 33, 7, 18, 3: « .... scrutari .... in qua praesumptione sunt (di che avviso sono) qui in quaque regione commorantur ». Il Gradenwitz ritiene la frase interpolata, sia perchè *sunt* sta in luogo di *sint* (ma tali mutamenti lievi, che poterono operarsi anche nelle trascrizioni, non mi paiono di gran valore probante), sia perchè l'osservazione nulla di nuovo contiene in confronto della precedente « quid testator demonstrare voluerit ». Ma ciò non è vero, come vedremo poi meglio. Del resto altra è l'indagine diretta della volontà del testatore, altra l'indiretta ricerca per via di estrinseci argomenti.

Pap., D. 41, 3, 44, 4: « .... si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione (non per lieve supposizione) credat ».

Cfr. pure la costituzione di Diocleziano e Massimiano in C. 2, 42, 4: « ... falsa opinione te praesumpsisse ex probationum luce cognoverit ... ».

In questo senso le voci *praesumere* e *praesumptio* non si trovano mai in Giustiniano.

Proseguendo l'iniziato esame, troviamo:

b) una serie di testi attribuiti ai giuristi classici, ma o per la forma o per il contenuto gravemente sospetti, in cui tali voci s'incontrano nel significato tecnico giustinianeo.

Cominciamo a metter fuori di questione D. 48, 10, 18, 1 (Paolo 3 *sent.*), di cui il confronto con il testo delle *Sententiae* dimostra l'avvenuta interpolazione.

Ulp. 4 *opin.*, D. 4, 2, 23 pr.: « ... sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere ». Le *apertissimae probationes* (anzi già *probationes* al plurale!) sono senza più indizio dell'opera interpolatrice. Anche la sostanza dimostra l'alterazione; poichè non risponde bene questa osservazione alle cose precedenti. Il giurista a proposito di una fattispecie avverte non essere verosimile che un uomo rivestito di chiara dignità sia stato in Roma stessa costretto a pagare un indebito. Se costui vuole ripetere il pagato, deve naturalmente dare la prova apertissima della subita violenza; ciò non dipende da veruna *praesumptio*, ma dalla sua posizione di attore.

Iavol. 1 *ex Pl.*, D. 23, 3, 57 : « . . . quod si non evidenter apparuit, de cuius mulier obligatione sensit, praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est, nisi evidentissime contrarium adprobetur ». La frase *contrarium adprobari* non è certo nè di Giavoleno, nè di Plauzio; indegna poi di qualsiasi giurista classico è quella che ancora più direttamente ci riguarda : « *verisimile est praesumptionem ad debitum spectare* ». Sostanzialmente conforme il Gradenwitz.

Ulp. 6 *disp.*, D. 34, 5, 10 (11), 1 : « sin autem hoc incertum est nec potest nec per suptilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumptionem priore masculo edito ». Non sono necessari molti commenti per intendere che questa è latinità di bizantini e non di Ulpiano ; basti accennare al *manifestari per iudicialem suptilitatem*, al *prior editus* (nella parte precedente, e sicuramente ulpianea, *primum* e *prius*). Il Gradenwitz avverte pure la frase *consequi ingenuitatem* e i grecismi *nec* (per *ne quidem*, οὐδέ) e *quasi edito* (ὡς γιγεννημένου).

Ulp. 20 *ad Sab.*, D. 32, 73, 3 : « ... si quis servos habuit proprios, sed quorum operas locabat vel pistorias vel histrionicas vel alias similes, an servorum (l. *suorum*) appellatione etiam hos legasse videatur ? *quod et praesumi oportet, nisi contraria voluntas testatoris appareat* ».

L' ultima frase ha il consueto tipo degli emblemi diretti a introdurre l' accenno alla possibile contraria volontà del testatore. Così come ora sta , il passo non è certo commendevole. Nel § 2 si fa la questione, se tra i servi del testatore sieno da computarsi anche quelli da lui dati in pegno ; e si risponde « *sine dubio* inter suos legasse videbitur debitor », senz'accenno a intenzione diversa del testatore [1]. Invece tali scrupoli devono nascere per i servi semplicemente locati ! È irrilevante al proposito nostro l' indagare quale dovesse essere il genuino testo ulpianeo ; ma non andremo errati se (in quanto al concetto, non in quanto alle parole) penseremo a una frase di questo tipo : « quod sine dubio accipiendum est ». Anche il

---

[1] Si confronti Pap., D. 33, 10, 9, 2, ove male a proposito si è pensato alla *fiducia :* cfr. PERNICE, *Labeo*, III, 1, 144 sg.

Gradenwitz avverte che nei paragrafi antecedenti Ulpiano « fällt die Entscheidung ohne Vorbehalt ».

Scaev. 16 *dig.*, D. 34, 3, 28, 3: « ... quaero, haec verba quatenus accipi debent ... respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. *praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sens sse testatorem ab heredibus eius adprobetur* ». La parte in corsivo è così in contrasto con lo stile scevoliano, che già lo Schulting (ad h. l.) aveva pensato a una nota di Trifonino, proponendo che avanti a tali parole si scrivesse: *Claudius*. Ma neppure questa congettura rimedia alle molte inverosimiglianze, che ostano alla genuinità del passo. Tale aggiunta è in contraddizione con la risposta di Scevola: questi dice che si tratta di questione di fatto, rimessa al prudente arbitrio del giudice; l'aggiunta dice invece che si deve decidere in un modo, ove non si dia la prova del contrario. Tale aggiunta non avrebbe mai dovuto contenere l'*enim*; come correttoria avrebbe dovuto iniziarsi con *immo*. Io non so se possa attribuirsi a Trifonino, per quanto ellenizzante (1), un costrutto così tipicamente bizantino come *praesumptio facit omnia videri concessa*; il *nisi* — *adprobetur* serve poi a compiere la dimostrazione (2). Nè mi pare fuor di luogo avvertire con il Gradenwitz essere più probabile una interpolazione dei compilatori, che non l'omissione di *Claudius* in un buon manoscritto, quale il fiorentino.

Cels. 21 *dig.*, D. 36, 1, 2: « ... dicendum est, *quia praesumptum est voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui*, tota trecenta te dare Titio debere ... ». La parte in corsivo, che è sostanzialmente affatto fuor di luogo, è anche formalmente scorretta (*praesumptum est!* dicesse almeno *praesumitur!*), e già da tempo s'è visto che non appartiene a Celso: anche il Mommsen nella sua edizione ad h. l. annota: « quia .... restitui » *non sunt Celsi.*

Ulp. 5 *fideic.*, D. 40, 5, 24, 8: « ... sed cum ex praesumptione libertas praestita esse videtur, heredis est contrariam voluntatem testatoris probare ». Che le frasi « ne eum vendas », « ne eum alienes » già per il diritto classico s'interpretassero sen-

---

(1) Cfr. KALB, *Roms Juristen*, p. 122 sg.

(2) Per analoghe interpolazioni cfr. PERNICE, *Labeo*, 3, 1, p. 186.

z'altro (in mancanza di prove contrarie) come precetti di manomettere il servo, non è probabile; anzi dalla precedente esposizione ulpianea appare piuttosto il contrario. Ulpiano dice che simili frasi contengono un precetto di manomettere solo quando « hoc animo (id) fuerit adscriptum, quod vo luerit eum ad libertatem perduci ». E così Marcello (16 *dig.*, D. 40, 5, 10 pr.) dice che, data la disposizione « illum et illum servos meos venire nolo », *si ideo eos noluit venumdari, ut, si veneant, ad libertatem perveniant, praestanda erit libertas.* Dal qual modo di esprimersi niuno arguirà che si tratti di una presunzione legale. Invece cotali presunzioni in questa materia sono pienamente consone allo spirito del diritto giustinianeo. La giurisprudenza classica aveva giustamente ritenuto che coinvolgesse libertà fedecommissaria la disposizione « nolo eum servum alienam servitutem experiri ». Infatti tal servo doveva porsi in libertà alla morte dell' erede (altrimenti sarebbe ricaduto nell' *aliena servitus*) o quando il fiduciario volesse alienarlo; altro modo di applicare quel comando del testatore non c' era. Alla frase accennata, di cui s' occupano i fr. 9 e 21 h. t., si può parificare l' altra « venire nolo » o « ne eum vendas » etc., quando il testatore in modo più inesatto abbia voluto esprimere il pensiero stesso: fr. 10 pr.; 28, 4 h. t. Non si dice però che tale interpretazione, la meno ovvia e naturale, si debba ammettere fino a prova del contrario. Si aggiunga finalmente che è contraria all' uso di Ulpiano ed erronea la frase « ex praesumptione libertas *praestita* esse videtur ». Ulpiano avrebbe scritto *data*, *relicta* o *praestanda*; non mai *praestita* (¹).

Scaev. 15 *dig.*, D. 32, 33, 2: « ... si donationis causa creditori solvisset, teneri heredes ex causa fideicommissi, si repetant, atque etiam petentes exceptione summoveri: quod praesumptum esse debet, nisi contrarium ab herede adprobetur ». Lasciamo stare il noto e stereotipo emblema *nisi .... adprobetur*; Scevola avrebbe scritto « *praesumi* debet », non *praesumptum esse.*

Scaev. 24 *dig.*, D. 40, 7, 40, 7: « ... *melius autem est praesumptionem pro statuliberis esse* ». Il cattivo latino e l' incon-

---

(¹) Su tali passi vedi pure GRADENWITZ, *Interpol.*, p. 212 sg.; PERNICE, loc. cit., p. 62 n.

gruenza con quanto precede (ove si dice che è rimesso *iudicaturo aestimandum* quale delle due ipotesi sia nel caso concreto da ammettersi) persuadono che qui pure siamo davanti a una interpolazione.

Ulp. 26 *ad ed.*, D. 11, 7, 14, 8: « Plerique filii cum parentes suos funerant, vel alii qui heredes fieri possunt, *licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur*, tamen, ne vel miscuisse se necessarii vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia facere se sepulturam ».

Oltre la scorretta locuzione *licet–praesumitur*, v'hanno notevoli argomenti per l'interpolazione. Anzitutto si avverta come, omettendo l'inciso in corsivo, nulla perda il testo e anzi guadagni maggiore efficacia ed eleganza:

« Plerique filii cum parentes suos funerant, vel alii qui heredes fieri possunt, ne vel miscuisse se necessarii vel ceteri pro herede gessisse videantur, solent testari pietatis gratia facere se sepulturam. quod (et) si supervacuo fuerit factum, etc. ».

Il *supervacuo* non costituirebbe più così una ripetizione veramente *supervacua*. Si osservi poi meglio la disgiuntiva *neque pro herede gestio neque aditio*. Che cosa ci sta qui a fare l'*aditio* accanto alla *gestio pro herede*? Non si tratta qui appunto ed esclusivamente di quella forma di *aditio* che si attua con la gestione (l'*immixtio* non cade affatto nel concetto di adizione, neppure *lato sensu*), come risulta chiarissimo da altro brano della stessa opera dello stesso Ulpiano (D. 29, 2, 19)? Non può dunque l'inciso ritenersi opera genuina di lui. Anche il Gradenwitz trova che questa « Gegenüberstellung » è « unerklärlich ».

Veniamo ora a due testi, che si trovano nei Digesti sotto la rubrica « de probationibus *et praesumptionibus* », 22, 3 [1]. La corrispondente rubrica del Codice (4, 19) ha solo « de probationibus ». I due testi, ai quali si accennava, sono i fr. 24 e 25 h. t.

---

[1] Si ricordi che tale rubrica non è edittale e quindi (il *quindi* in tal caso è giustificato) deve attribuirsi ai compilatori; cfr. anche GRADENWITZ, loc. cit., p. 73.

Il fr. 24 è attribuito a Modestino (4 *regul.*), e suona così: « Si chirographum cancellatum fuerit, *licet praesumptione debitor liberatus esse videtur*, in eam tamen quantitatem, quam *manifestis probationibus* creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur ». Lo stile (*licet-videtur; manifestis probationibus ostendere* etc.) prova abbastanza l'alterazione [1].

Ancora più evidenti sono le alterazioni nel fr. 25 pr. h. t., Paul. 3 *quaest*, che tratta dell'onere della prova nella *condictio indebiti* e che già da tempo è stato riconosciuto come fattura in gran parte dei compilatori: cfr. da ultimo il Longo A. [2]. Chiunque per vero legga senza pregiudizi il passo, dovrà convenire con l'acuto Fabro [3] che « nihil est tota illa lege, sive verba sive sensum consideres, totque distinctiones, et subdistinctiones quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum a principio usque ad finem ». Ecco la parte che ora ci riguarda:

« .... sin vero ab initio confiteatur quidem *suscepisse* pecunias, dicat autem non indebitas *ei* fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, *cuius personam* incredibile est in aliquo facile errasse ».

Abbiamo notato in corsivo le parole o i costrutti viziosi: si avvertano anche grecismi insoliti, come *studiosus* = σπουδαῖος: frasi strane, come « *numquam ita resupinus est* (dicitura amata da Giustiniano) *ut .... pecunias iactet et indebitas effundat* », « *incredibile est in aliquo facile errasse* ». Del resto è inutile insistere nella dimostrazione della non genuinità di questo brano, mentre essa è di singolare evidenza e si è imposta anche ai più ostinati e diffidenti.

È quindi messo in rilievo un fatto singolarissimo: la parola *praesumere* (e derivati) si trova nei classici nel significato comune e semplice di « credere, opinare », mentre in tal senso

---

[1] È singolare come il GRADENWITZ non ritenga incredibile che la *praesumptio* appartenga qui a Modestino, mentre poi egli stesso trova che M. avrebbe dovuto scrivere affatto diversamente.

[2] *Arch. giur.*, 38, 1892, p. 173 sgg.

[3] *Coniect.*, 18, 20.

essa non è mai adoperata da Giustiniano; invece nelle interpolazioni dei compilatori e nelle costituzioni giustinianee la voce stessa assume un significato particolare e tecnico, che è ignoto ai classici. *Praesumere* in Giustiniano vuol dire « ammettere senza dimostrazione, senza bisogno di prova », tanto che venga considerata, quanto che invece non venga considerata come possibile la prova del contrario. Di regola, però, si usa nella prima accezione: « ammettere fino a prova del contrario » (1), sicchè quando si dice di una parte in causa, che ha una presunzione a suo favore, si dice che è legalmente dispensata dal provare, e che invece l'onere di provare il contrario è riversato sull'altra parte. *Praesumptio* nel senso giustinianeo è quindi la *praesumptio iuris* della scuola, e di regola la *praesumptio iuris tantum*, che importa l'inversione di prova. Ed è precisamente così, che definiscono la *prolessi* i bizantini; cfr. la paragrafe ad D. 22, 3, 25 pr.: σημείωσαι ὅτι ἐν ᾧ πρόληψις ὑπέρ τινος δείκνυται, ὁ τούτου διάδικος βαρεῖται ἀποδείξεσιν. Cfr. anche l'altra paragrafe (Stefano ?) *ibid.*: πρόσθες ὅτι τότε ἀρνήσεως οὐκ ἔστιν ἀπόδειξις ὅταν ἡ ἄρνησις οὐ προλήψει μάχεται. So bene (2) quali critiche si sieno mosse a questo concetto della presunzione legale; ma esso è tuttora prevalente nella scuola. Si dice che non l'onere della prova è invertito, ma mutato il *thema probationis*, giacchè la base della presunzione, ove non sia pacifica tra le parti, deve provarsi da chi la presunzione stessa invoca. Ma si avverta che, pur ammettendosi tutto questo, il concetto d'inversione di prova permane. Quando io secondo le regole generali del diritto probatorio non sarei tenuto a provar nulla, ma potrei attendere che l'avversario fornisse la piena dimostrazione della sua tesi, e vengo, in forza di una *praesumptio*, astretto alla prova per il solo fatto che l'avversario ha messo in sodo la base della presunzione (o questa è fra noi pacifica), chi negherà che un peso gravante giusta le norme generali sull'avversario sia stato trasferito a mio carico? Non vuolsi, del resto, negare che talvolta il concetto sia stato esteso oltre tali limiti. In D. 4, 2,

(1) In D. 4, 2, 23 *praesumptio* è a favore del convenuto contro l'attore. Parrebbe che si volesse dire che la tesi dell'attore si presenta *a priori* inverosimile. Cfr. però più avanti.

(2) Cfr. per es. BURCHKARD, *Die civilistischen Präsumptionen*, p. 324 sg.

23 e in D. 22, 3, 25 pr. gl'interpolatori parlano anche di presunzioni, che stanno a favore del convenuto e che quindi non alterano in veruna guisa il consueto ordine della prova: per es.: « *praesumptionem pro eo esse qui accepit* (il convenuto) *nemo dubitat* ». Ma, a ben vedere, l'espressione è più infelice del concetto. Lo scopo degli interpolatori è in tali casi di significare che « niuna presunzione milita per l'attore, l'onere della prova non è per nulla trasferito da lui », e in luogo di dire « non c'è presunzione per l'attore » dicono « c'è presunzione per il convenuto ». È vero che si adducono talune ragioni di verosimiglianza, ma queste s'adducono appunto per dimostrare che non c'era affatto motivo di statuire una presunzione *pro actore*. La dottrina delle *praesumptiones contra actorem* (qui *actor* è in senso lato), il cui ufficio consisterebbe nel rendere *duriorem probationem*, che tuttavia vive nella scuola, non è certo accettabile (intanto le conseguenze di tale precetto sono vane e illusorie, dove non ci sia almeno un completo sistema di prove legali: forse che l'attore non è sempre tenuto a provare il suo asserto in modo da persuadere il giudice? e, quando il giudice sia persuaso, che cosa si esige ancora?); ma ha nei testi ora citati una base apparente [1].

Il problema, che ora ci si presenta naturalmente da sciogliere, è il seguente. L'introduzione di questo termine tecnico nel diritto giustinianeo dimostra anche che vi fu introdotto un concetto nuovo? V'è in questa materia un divario fra il diritto classico e il diritto giustinianeo e il moderno, che a quest'ultimo s'è ispirato? La questione si riduce a vedere, se presunzioni legali nel senso accennato occorrevano realmente anche nel diritto classico. Esaminiamo all'uopo — senza ormai più curarci dei termini — i materiali che le fonti ci offrono.

Osservazioni sul diritto classico.

Mentre in Giustiniano troviamo, come si è visto, ordinata spesso qualche *praesumptio* nelle sue generali costituzioni, nulla troviamo di simile per il diritto pregiustinianeo nè nelle *leges* vere e proprie, nè nei senatoconsulti, nè negli editti, nè

---

[1] Cfr. *supra*. Qui appartiene anche la πρόληψις ἔγγραφος di cui parlano i bizantini (per es. Stefano ad fr. 1 h. t.) per cattiva intelligenza dei testi.

insomma in qualsiasi altra categoria di norme direttamente proposte all' universale. I testi, nei quali i moderni sogliono indicare casi di tal natura e dove già i bizantini interpolavano volentieri il *praesumere,* contengono o i pareri di giureconsulti (sia esposti teoricamente in ordine a un caso fittizio, sia dati in occasione di un responso), ovvero decreti e rescritti imperiali. Noi vedremo se e in quali limiti vi si possano riscontrare deviazioni dai canoni ordinari del diritto probatorio; intanto la differenza formale già per sè ci pare importante.

Avvertiremo come molti passi ordinariamente riferiti in questa materia non pretendano affatto di regolare l' onere probatorio. Qualche volta giuristi o imperatori fanno osservazioni sulla « verosimiglianza » o « inverosimiglianza » di qualche atto o fatto, senza che l' interprete sia autorizzato a dedurre nulla in proposito. Si ricordi il già citato D. 4, 2, 23 pr., ove Ulpiano scrive: « Non est verisimile in urbe compulsum indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum ». L' osservazione del giurista è spontanea e naturale avanti il cumulo delle circostanze concrete, ma essa non importa veruna deviazione dai canoni ordinari del diritto probatorio, trattandosi di chi già senz' altro sarebbe tenuto a provare. Già avvertimmo come neppure se ne possa dedurre la dottrina della *durior probatio,* che non vien punto, come si crede, insinuata dalle *apertissimae probationes violentiae,* che l' interpolazione richiede. Infatti *apertissimae probationes* non è che altra delle tumide espressioni dello stile bizantino, in luogo dell' unico corretto termine *probatio*, e non ha nè più nè meno che il valore di questa semplice espressione: cfr. D. 28, 5, 63 (62), 1. 30, 88. 40, 4, 17, 2 etc., nonchè, per es., Iustin. C. 5, 13, 1, 3, dove si dice « cum *manifestissimum* est » e pur si tratta di una congettura appena sufficiente.

Parimente nulla che si riferisca al regolamento della prova contiene la costituzione di Alessandro in C. 2, 19 (20), 2: « Cum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione ut vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest, quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querella de chirographo utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicis ». Chirografo estorto con la violenza e pagamento spontaneo sono

due termini contradittorii; non fosse altro, il volontario riconoscimento dell'atto, cessata la *vis*, toglie da quello il vizio che gli aderisce: l'imperatore avverte quindi il postulante che deve integrare, ove ne sia il caso, la sua esposizione e mostrare non solo che il chirografo gli fu con la violenza estorto, ma che l'impero della *vis* durava tuttora quando venne eseguito il pagamento. Come dunque il testo siasi addotto in questa materia, non si vede. Lo stesso deve pur dirsi di altra costituzione del medesimo principe (C. 2, 41[42], 1), che dice dovere il giudice, chiamato a decidere sulla *restitutio in integrum* del minore che si afferma leso, osservare «... num is ... diligens paterfamilias fuerit actibusque publicis industrium se docuerit, ut lapsum eum per aetatem verisimile non sit». Questo è un avvertimento dato al giudice, che deve tenerne conto; ma è un avvertimento riposante sulla natura stessa delle cose, che non modifica affatto la distribuzione dell'*onus probandi* fra le parti.

Talora l'onere della prova è bensì addossato a colui, cui deve spettare secondo i principii generali; ma non si adducono questi per giustificazione, bensì altri motivi di verosimiglianza, opportunità etc. È una serie di testi, contro cui molti hanno fatto naufragio; meglio, ma non pienamente, fu questo punto illustrato dal Burckhard [1]. Chi bene osservi tali testi, vedrà che quelle ragioni addotte dai giuristi hanno il semplice scopo di prevenire possibili errori del giudice, il quale potrebbe trovare una persuasione subbiettiva in argomentazioni obbiettivamente inadeguate, ovvero trovare sufficiente altra prova, che non lo è nel caso attuale. Eccone due esempi:

Pap. 9 *resp.*, D. 22, 3, 3: «Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur, *probatio mutatae voluntatis ei debet incumbere qui convenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat eos ita heredes scribere, quorum fidem elegerunt*».

Da questo testo suolsi dedurre una presunzione legale di frode alle leggi caducarie. In sostanza è questo anche il con-

[1] Op. cit., p. 78 sgg.

cetto dei bizantini. Ma nel fatto nulla v'ha di simile. L'attore ha provato che il testatore ha imposto all'erede un tacito fedecommesso in occasione di un primo testamento. Il testatore è morto, lasciando un secondo testamento, in cui — notisi bene — la stessa persona è istituita erede per una porzione maggiore o almeno uguale. Evidentemente la confezione di un nuovo testamento in queste condizioni non implica in verun modo la revoca del fedecommesso tacito, che dal testamento è affatto indipendente e che anzi non è contenuto nel testamento (D. 49, 14, 3 pr.). L'attore ha dimostrato che l'erede ha accettato un incarico *in fraudem legis*, e con ciò ha compiuto il suo ufficio; tocca ora al convenuto di dimostrare che quell'incarico fu revocato. In tutto questo nulla che non sia conforme alla consueta distribuzione dell'*onus probandi* fra le parti. L'osservazione di Papiniano riferita in corsivo mette solo in guardia il giudice di non ricavare alcun argomento (che sarebbe fallace) dal fatto della mutazione del testamento.

Analogo è il fr. 27 h. t., Scaev. 23 *dig.* Un testatore lega a Tizio *(qui usque ad certum modum capere potuerat)* « centum, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex reditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi)... in rem meam converti ». Scevola risponde: « si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare poterit, exigi: *videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse* ».

Qui pure si è vista una presunzione di frode. Ecco il commento dello Stefano, che traduco meglio che mi vien fatto: « Osserva una singolare presunzione! Nota cioè come, quando il testatore lasci ad alcuno più di quanto costui potrebbe ricevere e aggiunga che gliene è debitore, spetta al legatario l'onere di provare che realmente esisteva quel debito del testatore e che perciò egli non viene a ricevere oltre la quantità dalle leggi determinata ». Ma in realtà niuna θαυμαστὴ πρόληψις si contiene nel passo. Le somme lasciate a Tizio non possono nell'ipotesi nostra chiedersi con l'*actio ex testamento*; giacchè esse non possono chiedersi, che ove realmente sieno dovute, e in tal caso il legato o fedecommesso è nullo: Tizio deve dunque esperire

l' azione nascente dal titolo originario del credito, e all' uopo deve provare l' esistenza di esso. La confessione contenuta nel testamento non è in questo caso valida prova, perchè naturalmente sospetta: ciò appunto indica il giurista con le parole « videri in fraudem legis adiecisse ». Nulla vi ha, dunque, che muti l' ordine della prova; solo si accentua che nel caso presente la confessione non è prova idonea perchè sospetta.

Bisogna pure avvertire che nulla hanno a che fare con le presunzioni legali nel senso accennato gli esempi di *praesumptiones hominis*, che si trovano nelle fonti: decisioni, cioè, che dipendono dal cumulo delle circostanze concrete (che in parte non ci sono neppur note) e da cui mal si potrebbe ricavare qualsiasi principio generale. Si pensi, per es., al rescritto di Antonino Pio mentovato da Paolo (D. 22, 1, 17, 1): « Parum iuste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, quo eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti ». La decisione del principe non mirava a decidere in massima che il creditore, il quale per lungo tempo avesse tralasciato di chiedere gl' interessi del suo credito, avesse una contraria presunzione (che cioè o non fossero dovuti o fossero stati rimessi); ma solo risolveva un problema particolare in vista delle condizioni speciali. Il creditore non aveva chiesto gl' interessi per un motivo, che si sarà bene indicato nella domanda, ma che a noi è accennato solo in genere *(ut gratior apud debitorem esset)*: dalle combinate circostanze ricava il principe, con una *hominis coniectura*, che egli abbia voluto rimettere la relativa obbligazione. Così la sentenza di Commodo ricordata da Papiniano (D. 22, 3, 26) dipende dal complesso delle circostanze del caso ivi deciso, e male si saprebbe dedurne un principio qualsiasi rispetto alla prova della *tacita fideicommissi remissio*: cfr. pure C. 2, 4, 35 etc. Si avverta poi che dall' essere in questi e simili passi usate le espressioni *verisimile est, videtur* etc. non discende alcun obbligo per il giudice di accontentarsi di « verosimiglianza », nè risulta alcun conforto (sia detto di passaggio) per la dottrina, secondo la quale le presunzioni semplici hanno forza minore delle prove e non conducono per sè stesse che ad un certo grado di probabilità. Alla certezza assoluta niuna prova suole condurre: di una mera verosimiglianza nessun giudice può accontentarsi. Invece risultato ordinario di ogni

prova, come di ogni presunzione *(hominis)*, è la certezza morale, per cui non è esclusa la possibilità del contrario, ma resa tanto remota da potersi praticamente trascurare. La certezza morale è un grado altissimo di probabilità, ma non esorbita dai confini di questa; onde i giuristi romani dicono spesso *verisimile* quanto è moralmente certo, quanto cioè il giudice può ammettere come vero, senza venir meno al suo *officium*. Del resto non è questo un fenomeno isolato della dottrina probatoria; è lo spirito generale del diritto romano. Un ottimo esempio fornisce il notissimo precetto, per cui da una donna incinta si prevede che possano nascere fino a tre figli contemporaneamente e si provvede in conformità di tale previsione. Non è esclusa la possibilità che nascano più di tre gemelli: i giuristi romani sanno anzi raccontarci dei casi, in cui ciò è avvenuto; ma il fatto è sì raro, che « quod ultra tres nascitur fere portentosum videtur » (D. 34, 5, 7 [8] pr.). Quindi formula e motiva egregiamente Paolo la dottrina nel seguente passo (D. 5, 4, 3): « prudentissime iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut *quod fieri non rar⟨o⟩ admodum potest intuerentur*: id est, quia fieri poterat, ut tergemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignaverint [1]: τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς .... παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται ». Se il diritto, invece di considerare il corso consueto delle cose, pretendesse la certezza matematica delle prove, la previsione nelle leggi di tutte le possibili circostanze, l'osservanza della più scrupolosa diligenza immaginabile anzichè dell'ordinaria diligenza di un buon padre di famiglia, tutta la vita sarebbe arenata, e i rimedi giuridici astrattamente inoppugnabili sarebbero praticamente inservibili. La congettura può nel caso concreto essere erronea, ma anche i testimoni possono mancare di memoria o di sincerità, il documento per errore o malizia non rispondere alla verità delle cose, e così via. Il dubbio è sempre là; ma guai se un dubbio negativo e remoto dovesse impedire sempre le azioni umane!

Un larghissimo campo del diritto, in cui si sogliono trovare innumerevoli presunzioni nelle fonti nostre, è quello della

---

(1) " *Id est ..... adsignaverint* " è certo glossema o emblema, ma ciò nulla toglie al significato del passo.

volontà nei negozi giuridici. Vi sono nelle fonti moltissime decisioni circa l' attuazione dei singoli negozi giuridici e regole generali per l' interpretazione di essi. Ora nelle une e nelle altre si sogliono trovare delle presunzioni legali, per cui cioè il giudice, in difetto di contraria dimostrazione, deve ammettere come provata una determinata volontà delle parti. Inoltre, in non pochi casi alla dichiarazione delle parti si parifica la cosiddetta volontà presunta, e i testi relativi soglionsi pure addurre come esempi di presunzioni legali. Io penso che la teoria dominante (poichè è ben noto quante diverse opinioni si contrastino oggidì in questa materia, e dominante credo tuttora la teoria della volontà) non corrisponda, almeno pienamente, al concetto romano. Gli effetti di un negozio giuridico non derivano esclusivamente dal volere delle parti. Molte conseguenze vi sono annesse direttamente dal diritto obbiettivo, anche contro scienza e volontà di esse; altre vi sono annesse, solo quando non sia chiaro che le parti le hanno volute escludere. Male si direbbe in quest' ultimo caso che il diritto presume una certa volontà. Il diritto persegue una sua tendenza finchè le parti non vi pongano ostacolo: ecco tutto. Il più chiaro esempio di tali tendenze del diritto obbiettivo è fornito dai vari *favores* (*libertatis, matrimonii* etc.). Quando, per es., le fonti dicono che, « si in obscuro sit (voluntas testatoris), tunc favorabilius respondetur (servum) liberum fore » (D. 40, 4, 10, 1), non intendono certamente di indovinare la volontà del testatore, ma solo di favorire la causa della libertà. Il diritto mira a estendere questa restringendo il campo della servitù, e annette la conseguenza della liberazione a negozi giuridici in cui il disponente non l' ha esplicitamente voluta, ma nemmeno esplicitamente reietta. Fra molte disposizioni testamentarie contradittorie è l' ultima che prevale, e giustamente, poichè è dessa che rappresenta l' ultima manifestazione della volontà del testatore: invece, « si idem servus et legatus et liber esse iussus sit, favor libertatis praevalet » (D. 31, 14 pr.). Siccome non è indubitabile la volontà del testatore di revocare la concessa libertà, potendo la contraddizione nascere da errore, dimenticanza etc., tanto basta al diritto per far prevalere la sua tendenza prediletta, il *favor libertatis*. Sol quando « et in posteriore scriptura legatus est *et evidens ademptio libertatis ostenditur*, legatum *propter defuncti*

voluntatem praevalebit ». È quindi fuor di luogo parlare di presunzione di volontà. Se mai, questo nome converrebbe meglio al trattamento comune delle disposizioni di estrema volontà, quantunque esso dipenda dalla loro natura, non da presunta intenzione del testatore: la *voluntas* può escludere la conseguenza della manomissione, ma, ove positivamente non osti, questa non rimane impedita.

Le cosiddette regole d' interpretazione degli atti giuridici non sogliono consistere, chi ben le esamini, in presunzioni di volontà. Non si comprende, per es., come si continui a vedere una presunzione di volontà nella regola che, nel dubbio circa la portata di un negozio obbligatorio, si ammette la minima obbligazione: *semper in obscuris quod minimum est sequimur* (D. 50, 17, 9) e *in stipulationibus et in ceteris contractibus .... si non pareat quid actum est ..... ad id quod minimum est redigenda summa est* (fr. 34 h. t.). Analoga è la norma che nel dubbio il *dies* si ritiene aggiunto *pro debitore* (fr. 17 h. t.). Fra le parti si disputa circa il contenuto dell'obbligazione; chi vorrebbe elevarlo a un limite maggiore, chi ridurlo a un minore: resta pertanto fermo e pacifico fra esse il limite minimo. Fino a questo il giudice deve condannare; oltre questo, soltanto qualora riesca all'attore di dimostrare, secondo i principii generali, la maggiore portata del proprio credito. Quanto si suol dire, che si deve sempre presumere che ognuno voglia obbligarsi il meno possibile, è una frase vuota di senso, ove si applichi ai negozi concreti della vita.

Altre regole di applicazione si spiegano perfettamente, ove si pensi ad un altro elemento, che insieme e accanto alla volontà governa la vita e gli effetti dei negozi giuridici. Volontà e responsabilità sono due elementi, che in quasi tutti i negozi giuridici si contemperano, benchè in varia misura: classificare questi secondo che in essi l' uno o l' altro elemento prevalga non è compito nostro; esso fu già del resto più volte e acutamente trattato. È anzitutto certo, a mio avviso, che nei contratti, dove una parte, « non potendo indagare l' interno stato dell' animo dell' altra, si affida a quanto è contenuto nella dichiarazione stessa, mentre l' altra appunto vuole, facendo la dichiarazione, produrre cotesto affidamento » [1], la responsabi-

---

[1] SCIALOJA, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, p. 21.

lità di chi ha emesso la dichiarazione prevalga sul suo interno volere [1]. Ma vi ha anche un altro principio più generale, e che si estende oltre la cerchia dei contratti, non escludendo neppure gli atti di ultima volontà. Esso dipende dalla reazione esercitata dall' ordine giuridico sopra gli atti che si svolgono entro l' ambito suo e con la sua tutela. Non è, per es., che il testatore (o per lui l' erede) sia tenuto verso il legatario per l' affidamento prodotto in costui con la dichiarazione; gli è piuttosto che chi usa una determinata formula, che induce i terzi in una certa persuasione, è sottoposto a vederla applicata secondo questa, anzichè secondo l' interna e verace sua volontà. È vero che ordinariamente negli atti di ultima volontà, qualora si riesca a provare che l' intenzione del testatore differisce dall' apparente significato della sua dichiarazione, quella prevale su questo; ma si avverta: *a)* che per il diritto classico ciò vale solo entro certi limiti, e che ad ogni modo anche la prova della volontà divergente non può basarsi che su certi elementi (di regola su quelli contenuti nello stesso atto di ultima volontà); e *b)* che il significato apparente della dichiarazione ha il suo corso, nonostante la possibilità e anche la probabilità di una volontà divergente, non elevata a certezza morale. Donde consegue senz' altro che chi invoca l' apparente significato della dichiarazione non è tenuto a provare la volontà convergente.

Premesse tali osservazioni, esaminiamo alcune fra le principali regole cosiddette d' interpretazione dei negozi giuridici, che sogliono più o meno infelicemente ricondursi a presunzioni di volontà. La norma che una dichiarazione debba intendersi giusta il significato proprio delle parole usate è la più nitida espressione del principio testè manifestato. In taluni casi si arriva persino a non ammettere prova di volontà divergente (D. 32, 25, 1) anche in materia testamentaria, e la ragione non è che *si presuma* che ognuno usi le parole nel senso proprio, ma che « non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debe(nt) » (D. 33, 10, 7, 2), vale a dire che

[1] Per le varie costruzioni dommatiche cfr. EISELE, *Ungültigkeit des oblig. Rechtsg.*, in *Jhering' s Jahrbücher für die Dogm.*, 25, 1887, p. 414 sgg. [Cfr. sul tema lo studio pubblicato *supra*, p. 335 sgg.].

non è lecito all' individuo dare alle parole un significato diverso dal comune. In altri casi è ammessa una prova contraria (quando il significato intenzionale pur con isforzo si può rannodare all' apparente); ma in difetto di essa l' atto vien sempre applicato secondo quest' ultimo. Affatto analogo è il principio, per cui deve seguirsi « id, quo res qua de agitur in tuto sit », ovvero « ea potissimum (sententia), quae rei gerendae aptior est ». Le deviazioni che sono lecite alle parti dal tipo normale del negozio non si ammettono se non si provano; dovevano pensare le parti ad accentuare siffatta deviazione: altrimenti ogni negozio si attua secondo il tipo e in conformità allo scopo normale.

Il principio, che i negozi giuridici nel dubbio si applicano *ex eo quod plerumque fit*, è in alcuni testi (per es., D. 50, 17, 64) esplicitamente dichiarato; in altri evidentemente messo a base della decisione. Moltissime risoluzioni di casi particolari in materia contrattuale e di legati, per es., non hanno altro fondamento che l' uso generale. Anche qui si vede una presunzione di volontà, basata sulla verosimiglianza che le parti siensi conformate all' uso comune; ma così (benchè tale dottrina possa avvicinarsi al modo di vedere dei compilatori; almeno la segue lo Stefano ad D. 22, 3, 9) non si rende a mio avviso l' idea dei giureconsulti classici. Esaminiamo uno dei passi più comunemente citati in questa materia: Cels., 1 *dig.*, D. 22, 3, 9:

« Si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat, quaeritur, an id actum sit, ut ipsius dumtaxat debitoris persona statueretur. sed quamvis verum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat ac non de herede eius quoque convenisse petitor, non qui excipit probare debet, *quia plerumque tam heredibus nostris quam nobismet ipsis cavemus* ».

Celso non dice che tale fosse la probabile volontà dei paciscenti: dice solo che spetta all' attore dimostrare la deviazione dall' uso generale. Che i terzi e il giudice apprendano un atto secondo l' uso generale, se non è provata tale deviazione, è giusto, poichè appunto le parti dovevano in tal caso significare chiaramente la loro condotta. E che qui non si presuma alcuna volontà, secondo il pensiero dei classici, mi pare che risulti chiaro da Paolo (9 *ad ed.*, D. 50, 17, 114):

« In obscuris inspici solere quod verisimilius est *aut* quod plerumque fieri solet ».

Qui l' atto giuridico è oscuro: o riesce alle parti mostrarne per via di congettura il significato, *quod verisimilius est,* o si segue l' uso generale (1). Il *quod plerumque* si contrappone al *verisimilius*: in una ipotesi è l' elemento obbiettivo che prevale, nell' altra quello della *voluntas.*

L' elemento della responsabilità appare poi chiarissimo nelle note regole attinenti ai contratti (D. 2, 14, 39. 18, 1, 21. 18, 6, 4 pr. 45, 1, 99 pr. 50, 17, 17), che trovano una buona espressione in Papiniano, 5 *quaest.*, fr. 39 cit.:

« Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, *in quorum fuit potestate legem apertius conscribere* ».

Cfr. il fr. 99 pr. cit.:

« ... fere secundum promissorem interpretamur, *quia stipulatori liberum fuit verba late concipere* ».

I testi, dunque, ben lungi dall'alludere a volontà presunta, alludono chiaramente ad una sanzione dell' ordine giuridico. Il caso della stipulazione potrebbe anche considerarsi come un esempio del *quod minimum*; ma sta certamente pure l' argomentazione del giurista romano. Rispetto alla compravendita e alla locazione, io non so indurmi ad accogliere l' idea dei moderni, che restringerebbe il principio ai patti accessori favorevoli al venditore o al locatore: cfr. per es. D. 18, 1, 33.

Se poi dalle norme generali dell' interpretazione veniamo ai numerosissimi esempi d' interpretazione di determinate dichiarazioni, dobbiamo osservare che qui molto difficilmente si troveranno presunzioni legali di volontà. In molti casi si hanno applicazioni delle norme generali anzidette; in altri, giuristi e principi si valgono di congetture *hominis,* che rimangono tali nonostante che si contengano in responsi o rescritti, poichè vincolate a circostanze concrete, che noi ignoriamo in buona parte, ma che erano addotte nella domanda dalle parti. Esse

(1) La redazione originaria del passo è molto incerta. Cfr. anche LENEL. *Ed. perp.*, p. 83 n. 4 [3a ed., p. 101 n. 8].

stanno là, come esempi, additando il modo di comportarsi in simili evenienze. Alcune volte la congettura è tratta da poche circostanze note e facilmente ripetibili; in tal caso si tratta ordinariamente di ciò, che la condotta delle parti risveglia nei terzi una determinata persuasione, secondo la quale si regola anche il giudice. Nè con ciò si pretende di indovinare la volontà delle parti; ma solo di avere una sicura norma per l'applicazione. Donde si spiega anche la forma delle decisioni, dove ben di raro è fatto appello alla *voluntas*, e che si contrappongono in tal modo a quelle, dove invece tutto si rimanda all'esame di fatto del giudice *(voluntatis quaestio)*. In taluni passi l'accenno alla *voluntas* si deve ai compilatori: chiarissima, per esempio, è l'interpolazione in Pap., 2 *resp.*, D. 31, 77, 15: « voluntatis esse quaestionem: *sed coniectura ex voluntatis testatoris capienda mors instituti exspectanda est* ». La parte in corsivo, come prova il passaggio alla costruzione diretta e l'antitesi logica (prima si dice che tocca al giudice indagare la volontà, poi s'impone una interpretazione di questa), costituisce emblema. Nelle stesse interpretazioni degli atti di ultima volontà la parola *voluntas* non suole apparire fra i giuristi, se io ben veggo, che in Scevola e Papiniano. E ancora non devesi dimenticare che spesso in costoro la parola *voluntas* non significa altro se non l'atto stesso, la dichiarazione di ultima volontà. Cfr. Pap., D. 31, 75 pr.: « nec aliud probandum in cuiuslibet *suprema voluntate* » (nelle disposizioni di ultima volontà); fr. 76, 2: « *voluntatis ratio* non patitur » (il tenore della dichiarazione non permette etc.). In due testi di Scevola si legge che non agisce *contra voluntatem* chi trasgredisce un *nudum praeceptum* del testatore. Non voglion certo essi negare che tale condotta non risponda ai voleri del testatore: solo vogliono accennare che essa non contravviene ad alcuna efficace disposizione di ultima volontà, chè il *nudum praeceptum* non è tale (Scaev., D. 32, 38, 4, « cum hoc nudum praeceptum est, nihil proponi *contra voluntatem* defunti factum ... », e fr. 93 pr., « nihil proponi *contra voluntatem* defuncti factum... cum hoc nudum praeceptum est »). Tale interpretazione è possibile e plausibile in vari altri testi: per es. Scaev., D. 32, 38, 3 « *ex voluntate* defuncti colligi posse », dove meglio mi pare che si traduca « dalla dichiarazione del defunto si può dedurre » che non « dalla volontà », giacchè la volontà è

ignota ed è appunto essa che si cerca. Pap., D. 31, 77, 11: « *secundum voluntatem* eos quoque invitatos intellegendum est » (a tenore della disposizione). Io non so se possa qui addursi il notissimo rescritto di Severo (D. 30, 74), « videri *voluntate* testatoris repetita a substituto quae ab instituto fuerunt relicta » : « si ritengono implicitamente ripetuti nella disposizione del testatore a carico del sostituito i legati lasciati a carico dell' istituito ». Ma, se anche in alcuni di questi e in altri testi *voluntas* s' intenda proprio nel significato di volonta, non mi pare che sia in ogni modo nell' idea dei giureconsulti di significare l' intimo e verace volere delle parti, ma piuttosto l' apparenza rispetto ai terzi, l' opinione che circa alle proprie intenzioni la condotta dell' agente suol risvegliare.

Brevissime osservazioni faremo intorno alla cosiddetta volontà presunta. Quando taluno con fatti od omissioni (in ispecie con il silenzio) produce in altri la persuasione di avere un determinato intendimento (benchè i fatti stessi non sieno di lor natura preordinati a manifestarlo), possono nascere i medesimi effetti che nascerebbero se lo stesso intendimento fosse stato dichiarato. E, secondo i casi, la prova della difforme volontà viene, o no, concessa. Ma qui pure il diritto nulla presume. Il diritto non fa che constatare il significato che hanno certi modi di agire nella comunità da esso retta, non pretende d' indovinare l' animo dell' agente. Con tali principii si spiegano le norme regolanti in certi casi gli effetti del silenzio [1] e altre regole, per es. che il creditore, se restituisce il chirografo, intenda rimettere il credito; che, se accetta il pagamento di future rate d' interessi, intenda accordare una dilazione al pagamento del capitale; che chi compra scientemente fondi ereditari dall' erede testamentario intenda riconoscere il testamento; e così via. Solo di passaggio avvertiremo che a torto si citano qui alcuni testi, in cui non s' interpreta già un fatto secondo il suo comune e ragionevole significato, ma si rileva l' unico possibile significato del fatto stesso. Per es., i testi vedono nel fatto del venditore, che *post diem commissoriae legi praestitutum* domanda il prezzo, una rinunzia

---

[1] Ranelletti, *Il silenzio negli atti giuridici*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIII, 1892, pp. 3-34.

alla *lex commissoria* stessa; e per vero chiedere l'esecuzione del contratto dopo un tal termine non vuol dire nè più nè meno che rinunziare al patto commissorio; chiedere l'esecuzione è rinunziare allo scioglimento. Così in C. 7, 52, 5 si legge « ad solutionem dilationem petentem adquievisse sententiae manifeste probatur »; e per vero domandare una dilazione ad eseguire vuol dire accettare l'obbligo di eseguire, riconoscere la sentenza. Non è un fatto dal quale se ne arguisca un altro: è il fatto stesso.

Una particolare considerazione merita la cosiddetta *ademptio* tacita dei legati. L'espressione *ademptio legati* va intesa con qualche discrezione, poichè non si può in senso vero considerare *ademptum* quanto non costituisce che un'aspettativa, non essendo fino alla morte del *de cuius* nè perfetto il negozio nè quesito il diritto. Il legato (o fedecommesso) è atto di ultima volontà e, come tale, presupporrebbe perdurante fino alla morte la volontà stessa che lo ha dettato. Se questa volontà vien meno, il fedecommesso cade senz'altro con essa; il legato (poichè qui a rigore, trattandosi di negozio formale, occorre per distruggere la volontà iniziale una determinata manifestazione della contraria) diventa oppugnabile mercè la *exceptio doli*. Ora vi hanno dei fatti, che, almeno nel comune modo di vedere, si ritengono incompatibili con la perdurante volontà di lasciare al legatario il determinato beneficio, e su tali fatti ben può fondarsi l'*exceptio doli*. Uno di tali fatti è l'alienazione che il testatore, *nulla necessitate urguente*, operi dell'oggetto legato. E, infatti, difficilmente si scorge com'essa possa conciliarsi con la volontà di tener fermo il legato. La *species* legata passa con la scienza e per volontà del testatore in pienissima balìa di un terzo, che la può distruggere, trasformare, dividere, che può non volerla più rendere. L'ottenere la *species* per il legatario non dipende ormai più dalla volontà del testatore, ma dalla disposizione d'animo dell'acquirente. Per suo conto il testatore impedisce al legatario di aver la cosa; ora, tale impedimento è compatibile con la iniziale disposizione? Nè si obbietti essere valido il legato di cosa altrui scientemente fatto dal testatore; poichè qui il testatore vuole che l'erede rimuova gli ostacoli all'acquisto da parte del legatario; là invece niun ostacolo esisteva, e il testatore lo pone scientemente e liberamente. Se quindi

viene stabilito che la spontanea alienazione da parte del testatore autorizzi a rifiutare l'adempimento del legato (salva la prova che tuttavia non venne meno la volontà del testatore di conferire il beneficio al legatario), nulla troveremo che non sia conforme alle cose fin qui ragionate. E, poichè già ci avvenne di respingere un inopportuno confronto con il *legatum rei alienae*, non sarà fuor di luogo una breve osservazione sul trattamento giuridico di questo, che a torto si ritiene molto affine a quello testè dichiarato. Il *legatum rei alienae* non suole avere efficacia se non quando si provi che il testatore conosceva l'alienità della cosa; la prova spetta al legatario. Si cerca la ragione di questa dottrina in una presunzione: « il testatore non avrebbe legata la cosa sapendola altrui »; o « si presume che non si leghino cose altrui ». Ma la dottrina si spiega con più semplici riflessi. Il *legatum rei alienae* è di una categoria diversa dal *legatum rei propriae*, cui si rannoda il *legatum rei heredis*. Nelle due ultime ipotesi si crea l'obbligo di dare la cosa; nella prima l'obbligo di acquistare la cosa per darla. Tale obbligo era, in origine, illimitato; l'onerato non poteva sfuggire alla litiscrescenza, che consegnando la cosa: più tardi si ammise essere per lui valida scusa l'esorbitante pretesa del proprietario, non però qualsiasi pretesa eccedente il prezzo ordinario. Tali erano le condizioni del *legatum per damnationem*, in cui primamente si svolse la teorica del legato di cosa altrui e per cui primamente la nostra regola fu proposta. La differenza fra il trattamento del legato « heres meus fundum Cornelianum damnas esto dare » e quello della stipulazione « fundum Cornelianum dare spondes? » si spiega pensando che per la *stipulatio* mancava la litiscrescenza e che qui operava l'elemento della responsabilità contrattuale. Dato, dunque, quel concetto del *legatum rei alienae*, è chiaro che il legatario doveva provare che il testatore aveva imposto all'erede l'obbligo di acquistare la cosa: obbligo cui solo in dati casi potevasi sfuggire con il pagamento della *aestimatio*. A tal uopo non bastava provare il legato; occorreva provare la scienza dell'alienità della cosa. E infatti i giuristi romani non vedono qui nessuna deviazione dalle norme ordinarie reggenti la prova, *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. La cosa non era fuori di controversia: ma non per ragioni di presunzione, bensì perchè, anche dove questa manca, *probationes*

quaedam a reo exiguntur; e qui appunto si poteva discutere Giustamente però prevalse la prima opinione: legare una cosa non è ancora obbligare all' acquisto; occorre o l' esplicito precetto di acquistare o il legato con la scienza dell' alienità: cfr. Marciano, D. 22, 3, 21 = Inst. 2, 20, 4, e Papiniano, D. 31, 67, 8.

Diverso dall' *alienatio rei legatae* è il caso delle *gravissimae e capitales inimicitiae* scoppiate fra testatore e legatario, in seguito alle quali s' intende venuto meno il legato. Il legato è essenzialmente (in diritto romano) atto di onore e di benevolenza: questi sentimenti sono incompatibili con l' odio e con il rancore. I testi pertanto, che insegnano adimersi tacitamente il lascito per le *gravissimae inimicitiae*, non statuiscono veruna presunzione; constatano solo un principio giuridico indiscusso, che cioè il legato, per essere efficace, deve essere dettato da uno spirito di benevolenza, che duri fino alla morte del disponente. Già meno chiaro è il caso del divorzio. Si suole insegnare che i più antichi fra i classici (Proculo, in D. 34, 2, 3 e 32, 49, 6) ammettevano in modo assoluto che *separatio dissolvit legatum*; mentre i più moderni non accettavano il principio che in date condizioni. Ma credo tale dottrina erronea. Il divorzio per sè non implica che sieno venuti meno i rapporti di benevolenza fra i coniugi; basterebbe ricordare la notissima *laudatio* di Turia. Il pensiero di Proculo è, infatti, ben diverso. Egli parla non del legato in genere, ma dello speciale « legatum rerum uxoris causa emptarum paratarum » (1). In tal legato suolsi comprendere quanto fu dal testatore, durante la sua vita, assegnato in uso alla moglie o acquistato per uso di lei, senza che mai le sia stato dal marito stesso ritolto (cfr. D. 32, 48). E conseguentemente Proculo esige « ut legatum valeat, mortis tempore uxorem esse debere », non perchè il divorzio implichi mutamento di volontà, ma perchè cessa una delle condizioni obbiettive di questo tipo specifico di legato, che presuppone il perdurare dell' *usus rerum* e quindi del matrimonio. Celso stima però che, nonostante il divorzio, può perdurare l' *usus rerum* concesso dal marito, nel qual caso starebbe il legato: insomma, tutto si riduce, come egli

(1) Cfr. già FERRINI, *Legati*, p. 582 sgg.

bene avvisa, ad una *quaestio facti.* E a questo proposito avvertirò come l'esegesi di D. 34, 2, 3 sia ordinariamente erronea, perchè le parole *adimere, ademptio* vengono riferite alla revoca del legato. Ma Celso non dice « *legatum* videri ademptum »; ma « *quae uxoris causa parata sunt* .... adempta videntur ». Ora, come risulta chiaramente da D. 32, 48, *adimere res uxoris c. e. p.* vuol dire semplicemente togliere tali cose alla loro primitiva destinazione: *adimere* qui non si contrappone a *legare, relinquere,* ma a *parare, tradere.* Donde si vede che la differenza di opinione fra Proculo e Celso concerne i requisiti obbiettivi di questo legato; di presunzioni di volontà non si fa parola.

Lasciamo ora il difficile e non sempre profondamente esplorato campo dei negozi giuridici; e veniamo ad altri casi, in cui i moderni trovano presunzioni legali nei giuristi classici. Il matrimonio è un istituto in primo luogo etico e solo subordinatamente giuridico; il diritto deve sempre rispettare l'intrinseca moralità del coniugio e allontanare quanto può lederne la purezza. Il diritto qui non è perfettamente libero nell'azione sua; questa deve sempre piegarsi alle esigenze etiche del vincolo coniugale. Soprattutto sono contrarie alla riverenza dovuta a questo le indagini indiscrete circa la paternità dei nati dalla madre; indagini, che peraltro risponderebbero al comune trattamento della prova. Il diritto romano classico ammette che i figli nati nel matrimonio appartengano al marito e siano frutti legittimi del coniugio, ovunque ciò sia possibile; quando cioè dal principio del matrimonio alla nascita sia trascorso almeno il periodo minimo assegnato dai medici alla gestazione, e quando dallo scioglimento del matrimonio o dal sopraggiunto assoluto impedimento alla nascita non sia trascorso oltre il periodo massimo dai medici assegnato. Nel diritto più antico anche questi limiti non erano fissati (benchè nelle XII tavole si parlasse, non sappiamo a che proposito, dei *decem menses* della gestazione); abbiamo memoria di figli ritenuti legittimi nonostante che dallo scioglimento del matrimonio fosse passato ben più che il massimo periodo ippocratico; nei Digesti (Ulp., D. 1, 6, 6) è tuttora vivo il ricordo di un tempo, in cui non si consideravano gli impedimenti del marito. Insomma qui l'*honor matrimonii* ha in più di un punto derogato ai criteri ordinari: « non ferendum Iulianus ait eum,

qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum ». Affatto analoga è la cosiddetta *praesumptio Muciana* (Pomp., 5 *ad Q. M.*, D. 24, 1, 51): « cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. *evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse* ». Nel modo stesso, che « in honorem matrimonii turpis actio (furti) adversus uxorem negatur » (D. 25, 2, 2), così il diritto vieta o tronca indagini nocive alla riverenza dovuta al coniugio.

Rimangono le cosiddette presunzioni di premorienza. A tale proposito devesi prima di tutto osservare che non tutti i testi citati ordinariamente [1] contengono deviazioni dalle norme consuete. Papiniano nel quarto libro dei suoi responsi (D. 23, 4, 26 pr.) tratta il caso, in cui siasi convenuto fra il suocero e il genero che, « si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret ». Avviene che *mulier naufragio cum anniculo filio periit*. Il giurista decide non essersi verificata la condizione di premorienza della madre, e quindi dovere il marito contentarsi della *portio*. Ora, questo è l'unico possibile trattamento secondo i principii generali. Per far valere l'*exceptio pacti* contro l'azione del suocero che ridomanda la dote (Ulp. 6, 4), il marito dovrebbe dimostrare che del patto si è avverata la condizione, cioè che il figlio è sopravvissuto alla madre; e appunto tale dimostrazione egli non può fornire. Non può dunque *retinere* e deve restituire la dote, salva la *portio* che, secondo la convenzione, in ogni evento gli compete. Non si vedrebbe, dunque, a che scopo siasi invocata una presunzione di premorienza, se non fosse per l'inciso, che ora leggesi nelle Pandette, « quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse ». Quest' inciso è molto importante per conoscere lo spirito del diritto giustinianeo; ma a Papiniano (come risulta dalle osservazioni ora fatte) non può appartenere. Anche la forma *(quia-videbatur; placuit)* at-

---

[1] GADEKE, *De iure commorientium*, 1860; MUEHLENBRUCH, in *Archiv für die civ. Pr.*, ser. 1ª, 4, p. 400 et al.; oltre i pandettisti.

testa la mano dei compilatori. Assai istruttivo è il commento di Stefano ad h. l., che io traduco così: « Perchè sembra verosimile che nel naufragio il figlio sia morto prima della madre? Per la ragione, che è naturale che la madre, più matura di consiglio e più atta a valersi di spedienti per la salvezza, abbia preso una tavola o altro arnese di quelli che si trovavano nella nave e così abbia potuto alquanto resistere sperando salvarsi. Il figlio, invece, inetto a immaginare tali spedienti, anzi ignaro di quanto accadeva, nella ignoranza del caso, (è naturale) che siasi abbandonato a morte più celere ». Siffatti ragionamenti, ben degni dei bizantini ma indegnissimi di Papiniano (il quale, almeno, ove fosse sceso in questo campo così poco giuridico, non avrebbe trascurato l' amore di madre che preferisce la salvezza del figlio alla propria), dimostrano sempre meglio l' origine dell' inciso. Trifonino tratta l' ipotesi, che il liberto intestato e il figlio di lui sieno periti nella stessa circostanza (D. 34, 5, 9 [10], 2), senza che si sappia chi sia premorto. Il giurista decide « patrono legitima defertur hereditas ». La decisione è perfettamente consona ai principii generali. Infatti, chi potrebbe contestare al patrono la successione del liberto se non quelli che sarebbero gli eredi del figlio? Ma come possono costoro sostenere tale diritto, se non provano che il loro autore lo ha quesito e perciò trasmesso? Il patrono quindi non avrà niun ostacolo a ottenere l' eredità del liberto. Ora leggiamo nei Digesti: « si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim *reverentia patronatus suggerente dicimus* ». Tutto ciò è, come la sostanza e la forma chiaramente provano, emblema. Inutilissima la prima frase, giacchè si discute appunto del caso, che dimostrazione di premorienza non possa darsi; vana la seconda, poichè non è la riverenza del patronato che detta la decisione, bensì la natura stessa delle cose. Anche la questione trattata nel § 3 del frammento stesso è risolvibile con i principii generali. Marito e moglie muoiono *simul* (ossia nell' occasione medesima): circa la ripetizione della dote (totale o parziale) si osserverà quanto fu stipulato per il caso che la moglie *in matrimonio decesserit*, o quanto fu stipulato per il caso in cui essa sopravvivesse al marito? Evidentemente quelli, a cui favore le stipulazioni furon conchiuse, non possono provare che siasi avverata la condizione donde pende la stipulazione più lata: le cose devono dunque necessariamente regolarsi

secondo l'ipotesi più favorevole al marito, rispetto ai suoi eredi: l'ipotesi cioè che *mulier in matrimonio decesserit.* Alquanto diversa è l'ipotesi discussa da Ulpiano nel secondo libro *fideicommissorum*: D. 36, 1, 18 (17), 7. Uu fedecommesso si deve *post mortem* del fiduciario, se costui *sine liberis decesserit.* La quale clausola, come è noto (per es., fr. 26 [25], 2 h. t.) s'intende nel senso che la persona muoia senza lasciare figli superstiti. Il giurista si domanda che cosa debba dirsi nel caso di vera commorienza, quando cioè il fiduciario e l'unico suo figlio muoiono insieme, senza intervallo umanamente misurabile, perchè, per es., la stessa pietra li schiaccia entrambi, o perchè contemporaneamente vengono uccisi in guerra etc. E correttamente decide che qui è adempiuta la condizione del fedecommesso, poichè « non est verum filium eius supervixisse ». Appunto questa frase dimostra che il giurista pensa ad una effettiva e provata commorienza; egli non dice « perchè in questo caso non è provata, dimostrata la premorienza del padre »; ma dice addirittura « perchè non è vero che il padre sia sopravvissuto ». E così appare (per la evidente contraddizione) fattura, almeno parziale, dei compilatori la chiusa: « aut igitur filius supervixit patri et *extinxit condicionem* fideicommissi, aut non supervixit et extitit condicio: cum autem, quis ante et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est ». Ma Ulpiano non aveva fatto le tre ipotesi: che il figlio fosse premorto, che fosse sopravvissuto, che fosse incerto se premorto o sopravvissuto; ma che fosse morto prima, morto dopo, morto insieme. Appare quindi dai citati testi, che i classici in questa materia non deviavano dalle regole generali. Il che non toglie che in qualche caso i principi, per costituzione personale, in via di favore e privilegio, considerassero come premorto o sopravvissuto taluno, della cui premorienza si era incerti. Così lo stesso Trifonino (D. 34, 5, 9 [10], 1) c'informa che, essendo morti padre e figlio nella stessa guerra, senza che si sapesse chi prima e chi dopo, e insistendo da una parte la madre, quale erede del figlio successore a sua volta del padre, e dall'altra gli agnati paterni, quali eredi del padre, in via eccezionale Adriano concesse alla madre la successione: « divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum ». Ma tali disposizioni eccezionali non mutano lo stato del diritto, finchè i principi si

limitano a concedere *semel iterumque*; niuno è autorizzato a seguire tali sentenze, che si ispirano alle specialissime circostanze del caso, per es. la povertà della madre etc.

A queste risultanze si oppongono tre passi, contenuti tutti nel titolo *de rebus dubiis* (D. 34, 5), che qui trascriviamo:

Tryph. 21 *disp.*, fr. 9 (10), 4: « Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur ».

Iav. 5 *ex Cassio*, fr. 22 (23): « Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse ».

Gai. 5 *ad l. I. et P.*, fr. 23 (24): « Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur ».

È veramente difficile il credere che i tre passi sieno fattura genuina dei classici. Si cominci ad osservare la forma del primo testo, ove il duplice *approbetur* risveglia i sospetti. « Se Lucio Tizio sia morto etc. ». Quando mai i giuristi classici hanno esposto in tal guisa la fattispecie? Essi dicono così: « Lucius Titius cum filio pubere... periit: filius patri supervixisse intellegitur .... »; ovvero « Si pater cum filio pubere etc. ». Ma quando si trova usato il nome proprio in una formola, come quella che ci sta davanti, senza che preceda l' esposizione del caso a mo' di narrazione? Veniamo al secondo testo. Per qual motivo è più umano credere che il figlio pubere sia sopravvissuto? Non si vede che ciò possa essere per gli effetti successorii. Per intrinseca verosimiglianza? Non ve n'è alcuna. Se un figlio quattordicenne muore in un naufragio con il padre trentenne, è meno improbabile che sia sopravvissuto il secondo per maggiore energia e robustezza.

Regole simili non possono avere altro fondamento che l' arbitrio di un legislatore; i giuristi romani *(humanius est credere)* avrebbero potuto stabilirle? Ma vi hanno ben più gravi considerazioni. Se queste regole fossero così antiche (le avrebbe già conosciute Cassio, o almeno Giavoleno), come mai la questione sarebbe stata portata avanti ad Adriano, che la risolve, in

un caso specialissimo, come se niuna norma preesistesse (fr. 9, 1 h. t.)? Come mai a proposito del caso, in cui il liberto muoia con il figlio, Trifonino ignora affatto la regola, che poi propone? Tra i §§ 1-2 e 4 del fr. 9 non regna contraddizione? Anche Ulpiano nel fr. 18 (17), 7 cit. non potrebbe ignorare tale distinzione, se i testi, quali ora si leggono, fossero genuini; ma appunto perchè, assumendoli come genuini, si avrebbero insolubili difficoltà, si riprova quello che per altra via risulta, che cioè i compilatori hanno introdotto una dottrina alle antiche fonti straniera. La distinzione fra puberi e impuberi si poteva trovare in queste, ma per ben altro motivo. Nel caso che morisse con il padre un figlio impubere e s' ignorasse la relativa cronologia delle morti, a pretendere l' eredità poteva sorgere il sostituto; giacchè delle due l' una: o il figlio era sopravvissuto al padre e il sostituto ne chiedeva la eredità *ex capite substitutionis pupillaris*; o il figlio era premorto e il sostituto domandava l' eredità paterna *ex capite substitutionis vulgaris*, implicita nella prima. Siccome nella ipotesi attuale il figlio non avrebbe potuto avere altri beni fuorchè i paterni, così tornava indifferente al sostituto l' una o l' altra delle due possibilità. Non così quando si tratta degli eredi proprii del figlio, come sempre se il figlio ha raggiunto la pubertà; qui, se gli eredi di lui non provano la premorienza del padre, nulla possono ottenere. Ben può quindi Trifonino avere statuito la distinzione, che poi dai compilatori fu adibita ad altro fine. Non è invece da credersi che i classici facessero uguale distinzione nel caso che il figlio morisse con la madre; giacchè in tale ipotesi non c' era veruna differenza per gli effetti successorii se il figlio morisse prima o poi. Infatti nè l' eredità della madre avrebbe potuto trovarsi in quella del figlio, nè viceversa; poichè, ancorchè vi fosse stata delazione, non poteva esservi acquisto. È anche questa una ragione, per cui non intendo come il giurista potesse scrivere « humanius est credere filium diutius vixisse ». I due passi (frr. 22 e 23) si saranno riferiti a qualche fattispecie che ora ignoriamo, e avranno contenuto ben diversa soluzione; se infatti i giuristi si fossero proposta la questione in astratto, non è credibile che si sarebbero limitati a esaminare solo l' una delle due categorie.

Concludendo il presente esame noi arriviamo al risultato che le cosiddette presunzioni legali erano non solo di nome,

ma anche di fatto straniere al diritto classico. Le norme circa la prova in materia matrimoniale sono dettate dalla stessa natura, più etica che giuridica, dell' istituto. Quanto concerne la interpretazione degli atti giuridici e la cosiddetta volontà presunta non forma, come abbiamo largamente esposto, per il diritto classico materia di vera e propria presunzione. Se alcuno tuttavia da qualche testo si lasciasse indurre ad ammettere per questo argomento alcuna legale *praesumptio voluntatis*, si avrebbe pur sempre il notevolissimo fenomeno che tali presunzioni sarebbero a questo campo ristrette. E si comprenderebbe come un diritto, che respinga la presunzione legale in genere, ammetta tuttavia qualche *praesumptio voluntatis* nei negozi giuridici. Poichè la volontà è un fatto interiore, che necessariamente sfugge all' esterno controllo; il modo di agire è un indizio dell' interno volere, e può il diritto, in vista della sicurezza degli umani rapporti, ordinare al giudice di ammettere come provata una volontà in presenza di uno di tali indizi. Se non che l' idea del diritto classico, come io l' intendo, mi pare più corretta. Chi vive nella comunione giuridica non può prescindere dal significato che la sua parola o i suoi atti hanno per i terzi; in vari casi sarà questo significato che prevale alla sua personale intenzione. Il diritto constata quale significato hanno nella comunità da esso retta certe parole e certi atti; ma da ciò esula ogni concetto di presunzione.

Osservazioni sul diritto giustinianeo.

Già dalle cose dette appare quanto sia diversa la posizione del diritto giustinianeo; in esso il nome di *praesumptio* appare in un significato novello, e indica preferibilmente quello che noi diciamo *praesumptio iuris*: da esso la cosa con il nome passò nei diritti moderni. Il diritto giustinianeo trova naturalissimo che si determini per legge un' inversione nell' ordine naturale della prova, che la legge imponga di ritenere come provato quanto non lo è; tanto naturale, che, come dicemmo, le interpolazioni dimostrano che i compilatori vedevano opera di presunzione là, dove si trattava del processo ordinario del sistema probatorio e dell' applicazione delle regole generali.

Abbiamo, per es., visto come con queste spiegasi benissimo la decisione papinianea in D. 23, 4, 26 pr.; i compilatori pensano invece a presunzioni e inseriscono « quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse ». Più avanti assai si spingono in questa via i bizantini; basta dare un' occhiata al commento di Stefano a D. 22, 3 perchè sia chiaro il nostro pensiero. Per es., qual'è la πρόληψις ἔγγραφος mentovata da Stefano ad D. 22, 3, 15, donde quest' autore ricava anche una certa sua teoria generale circa tale maniera di πρόληψις, che espone nel commento a D. 22, 3, 1? Nulla più che una vana idea del commentatore. Un tale succede come figlio di Gaio Seio e paga dei fedecommessi ai fratelli di costui che rilasciano la *cautio*: più tardi questi ultimi si persuadono che il preteso erede non è figlio del defunto e chiedono se il documento, ch'essi hanno rilasciato, osti alla ripetizione dell' eredità: « cautione exsoluti fideicommissi statum eius, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse, minime confirmatum esse: sed hoc ipsum a fratribus probari debet ». Nulla fin qui che diverga dalle norme generali del diritto probatorio; nè ciò deriva dalla *cautio fideicommissi exsoluti*, ma dalla stessa natura delle cose.

È inutile rammentare le numerose presunzioni legali introdotte per via di interpolazioni o di costituzioni; ne citeremo solo qualcuna, che meglio serve a illustrare il presente tema. Alcune di esse sono fallaci estensioni di concetti erroneamente supposti nei classici. Abbiamo le presunzioni di premorienza, per cui si suppone che il figlio pubere morto in un infortunio con uno dei suoi genitori gli sia sopravvissuto e viceversa che il figlio impubere nelle stesse circostanze sia premorto; la presunzione che in un duplice parto, di maschio e femmina, il primo sia anteriormente venuto alla luce; la presunzione per cui si suppone che chi ha negato a torto d'avere ricevuto un pagamento abbia ricevuto un indebito; le varie presunzioni circa l'origine *ex bonis paternis* o *maternis* della dote; quella, per cui « miles non creditur in aliud quidquam pecuniam accipere et expendere nisi in causas castrenses »; quella, per cui le *militiae* acquistate da figli o parenti degli argentarii si intendono pagate con i denari dei loro creditori (cfr. anche Nov. 136, 2 per la reciproca presunzione). Può darsi che qui il legislatore pensasse alla cosiddetta *praesumptio muciana*; ma quanta diversità intima fra le due cose!

Un' intera serie di testi classici ricevette in diritto giustinianeo un novello significato e una novella importanza. Accenno a quella lunga serie di testi parlanti dell' applicazione e degli effetti di atti giuridici, dove i classici vedono conseguenze delle formole usate dalle parti o dell' uso comune (e quindi conseguenze che si rannodano *ope iuris* al negozio giuridico, sia per la responsabilità delle parti, sia per alcune tendenze del diritto obbiettivo) e il diritto giustinianeo vede invece presunzioni di volontà. Tale divergenza non ha solo importanza teoretica. I giuristi classici contemperano in vario modo negli atti giuridici le conseguenze della volontà, quelle della responsabilità, quelle derivanti da esigenze obbiettive dell' ordine giuridico; talune volte prevale la prima, nel senso che, ove venga dimostrata, essa viene attuata; altre volte prevalgono le altre, nel senso che nulla gioverebbe provare una diversa volontà delle parti. Non è qui che si possano ulteriormente svolgere tali principii, i quali del resto, se non ugualmente formulati, pure sostanzialmente identici si trovano in vari autori moderni. Invece, data la concezione giustinianea, la volontà acquista un impero ben più lato e potente; le decisioni delle fonti in tanto stanno, in quanto non si provi una diversa volontà, appunto perchè esse si riconducono ad una presunzione di questa. Donde i continui emblemi « se non appare una diversa volontà », « se il testatore non ha voluto il contrario » etc. Si dice che molte presunzioni *iuris et de iure* dei classici sono divenute *iuris tantum* nel diritto giustinianeo: v' ha molta verità in questa osservazione, per quanto espressa in modo inesatto. Gli è che si considerano in diritto giustinianeo come interpretazioni e presunzioni di volontà regole, che nel diritto classico hanno diversa tendenza e natura; e ciò stesso fa sì che diventi relativa una norma dianzi assoluta.

Non si creda, del resto, che il diritto giustinianeo abbia creato di sana pianta il concetto di presunzione (legale), ignoto ai classici. Il concetto si sviluppò e fissò evidentemente nelle scuole; ivi i testi ricevettero a poco a poco l' interpretazione accennata, contribuendovi la tendenza a semplificare le categorie e l' imperfetta considerazione del negozio giuridico.

Note sulle presunzioni nel diritto civile italiano (*).

La presunzione rientra come specie nel genere della prova in senso lato: come altra specie del genere stesso vi si contrappone la prova strettamente detta. Tuttavia le due specie non si trovano sempre nella legge e negli scrittori debitamente distinte, soprattutto per mancanza di un criterio sicuro. Quando, per es., si legge nel Mourlon (1) che tali due specie diversificano per la natura del fondamento relativo, basandosi la prova sopra una dichiarazione dell'uomo e la presunzione su tutt'altro fatto, si può avere un saggio della grandissima confusione di idee, che regna tuttavia in così importante materia. Quello che dice, dietro il codice francese, il nostro (art. 1349: « le presunzioni sono le conseguenze, che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto ») non serve certo a contraddistinguere, essendo indubitato che il giudice procede per induzione anche in materia di prove strettamente dette (2). Parimenti a torto si è voluto trovare il criterio distintivo nella minore efficacia persuasiva della presunzione. Il giudice e dalla prova in senso stretto e dalla presunzione deve ricavare la certezza morale; la certezza assoluta gli è in ambo i casi preclusa (3). Alla certezza morale poi non è la presunzione guida

(*) [In *Antologia Giuridica*, VI, 1892, pp. 3-34].

(1) *Répétitions*, 2, n. 1614.

(2) Cfr. tra molti il PESCATORE, *Logica del diritto*, p. 69 sgg.

(3) PESCATORE, loc. cit., p. 75 sgg.; cfr. BEKKER, *Pand.*, 2, 77; per la contraria dottrina v. SEILHAN, *Théorie générale des présomptions*, p. 3ª, c. 1.

meno valida della prova; la presunzione, che « parfois est la plus forte des preuves » ([1]). Questa dottrina tuttavia si è tanto radicata negli animi, che talora le erronee conseguenze riappaiono — come vedremo — negli scritti stessi dei giuristi che la respingono; il linguaggio delle scuole e quello dei moderni codici hanno servito non poco a ribadirla. Il più recente scrittore italiano sull'argomento, il Ramponi ([2]), trova la differenza fra le due specie determinata dal diverso modo, con cui nell'una e nell'altra opera l'induzione. Nella prova *stricto sensu*, dice, si va direttamente dal noto all'ignoto; nella presunzione indirettamente e per via di induzione ulteriore. Ma anche tale distinzione non mi lascia tranquillo; spessissimo pur nella prova sono necessarie siffatte induzioni ulteriori per arrivare al giudizio. Non basta che il giudice senta il testimonio; occorre che valuti e pesi la testimonianza, e ciò fa con il processo induttivo ([3]). A mio avviso la differenza sta in ciò, che quanto costituisce la prova in senso stretto ha per sua funzione di manifestare il fatto richiesto; mentre si ha la presunzione, quando ciò che serve a manifestare questo fatto non era preordinato a tale scopo. Con ciò penso di avvicinarmi al concetto del Pothier ([4]), che avrebbe potuto anche esprimersi più chiaramente. Di questo criterio faremo uso più volte, dove sarà il caso di dirimere alcuni equivoci.

Il linguaggio del nostro Codice non è molto lodevole nè per precisione nè per coerenza. Il nostro legislatore non ha saputo liberarsi dall'antica opinione ammessa pur dal Pothier ([5]), in questa materia molto seguito, che la presunzione non debba mai avere per base un fatto solo, ma più fatti concordanti fra loro (art. 1354) ([6]). Egli dà il nome di presunzioni alle induzioni singole che si ricavano dai fatti isolati, le quali a

---

([1]) LAURENT, *Principes*, 3, 361.

([2]) *Teoria generale delle presunzioni*, p. 3; v. già DEMOLOMBE, *Cours*, VII, n. 254; THÉVENIN, *Théorie générale des prés. lég.*, 1883, p. 117.

([3]) Cfr. PESCATORE, loc. cit., p. 69 sg.

([4]) *Obligations*, p. 4, 3, sez. 2.

([5]) Op. cit., n. 816.

([6]) L'articolo s'intende nel senso che, ove siano più i fatti, questi debbano concordare fra di loro. Questa esegesi è l'unica ammissibile (anche per evitare contraddizioni); ma, se essa ci dà la *mens legis*, non ci dà la personale opinione del legislatore, che non è la stessa cosa.

suo modo di vedere costituiscono soltanto una verosimiglianza, ma non possono mai condurre alla necessaria certezza morale: in più luoghi parla di presunzioni abbastanza gravi per determinare l'ammissione della prova, artt. 190, 829, 1532. Così si crea l'apparenza che i giudizi basati su presunzioni sieno meno attendibili di quelli basati su prove in senso stretto e che per quelle non si possa mai giungere oltre un grado di verosimiglianza, lontano tuttavia dalla certezza morale (1). Ma tutto ciò non corrisponde al vero: il giudice, anzi, non può ritenere dimostrata in via di presunzione una tesi, se non è condotto a questa certezza, nè v'ha dubbio che in molti casi basti un solo fatto concludente perchè a tale certezza si possa pervenire. Il nostro legislatore stesso, in altre parti del Codice, mostra di essere persuaso di tali verità. Per es., all'art. 17 riconosce che vi sono dei fatti che valgono a dimostrare l'intenzione di fissare la sede principale dei propri interessi in un dato luogo. Esso non distingue tra la forza probante di siffatta presunzione e quella della doppia dichiarazione fatta all'uffizio di stato civile del comune che si abbandona e a quello del comune in cui si fissa il domicilio; nè esige che tali fatti siano in numero plurale (2). Così all'art. 1494 un fatto solo (la grave limitazione del dominio) si ritiene, ove il giudice creda, bastante per far presumere che il compratore, ove ne fosse stato avvertito, non l'avrebbe comprato (il fondo gravato). E che qui il legislatore per presumere intenda rilevare come dimostrato, come certo, si può arguire dal suo modo di esprimersi in materie affini. Cfr., per es., l'art. 1498: « vizi... che ne diminuiscono l'uso (della cosa comprata) in modo che se il compratore li avesse conosciuti.... non l'avrebbe comprata ». Vedi poi l'art. 2111: « ... la rinunzia tacita risulta da un fatto, il quale sia incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione ». Pertanto allo scopo di raggiungere la desiderata esattezza e coerenza di linguaggio il legislatore avebbe dovuto riserbare le voci « presumere, presunzione » per significare quella certezza morale ricavata da fatti alla dimostrazione non preordinati, che si

---

(1) Quindi anche i gravi limiti dell'art. 1354.

(2) Dove occorrono più fatti, la legge lo dice. A costituire il possesso di stato occorre " una serie di fatti, che nel loro complesso valgano a dimostrare etc. „ (art. 172).

contrappone ed equivale alla certezza morale ricavata da fatti alla dimostrazione stessa preordinati (prova in senso stretto): certezza morale, che solo può essere scossa e vinta da una contraria dimostrazione. Le singole induzioni, le quali isolatamente non bastano a compiere la dimostrazione nel primo caso (benchè riunite possano bastare), si potrebbero chiamare elementi di presunzione o anche, con una parola usata in qualche articolo, indizi. Allo stato attuale del linguaggio del Codice è difficile dire in che cosa differiscano le presunzioni dagli indizi risultanti da fatti già certi, cumulativamente addotti nell'art. 190. Quanto sarebbe stato meglio, se il legislatore si fosse attenuto solo alla seconda espressione e avesse riserbata la parola presunzione ad altro ufficio! Un altro esempio dell'uso infelice ora lamentato ci porge l'art. 1532, secondo cui « la prova della lesione non può essere ammessa che nel caso, in cui i fatti denunziati siano abbastanza verisimili e gravi per far presumere la lesione ». Dunque, si apre la prova (in senso lato) quando si presume il fatto. Evidentemente far presumere non è qui adoperato nel senso dell' art. 1494; indica solo « una cotale parvenza o colore di verità », e la prova (in senso lato), che in tal caso venga ammessa, potrà benissimo [1] venir data in via di presunzioni. Quale bisticcio, se si volesse dire che « si fa luogo alla presunzione della *laesio enormis*, quando questa si presume »! Eppure questo bisticcio risulta dalla combinazione dei vari articoli. Altre incertezze non meno deplorevoli nella terminologia noteremo avanti.

L' accennata differenza tra prova (in senso stretto) e presunzione non toglie che fra esse intercedano numerosi rapporti. Esse concorrono insieme in molti casi. È già stato da numerosi scrittori osservato che i fatti donde si ricava la presunzione (la base della presunzione) possono formare oggetto di prova, quando non siano già certi [2]. Si provano dunque i materiali della presunzione, che deve condurre alla persuasione il giudice. Ma ben può darsi che viceversa si ricavi da una presunzione lo strumento di prova: si arrivi, per es.,

---

[1] Nei limiti, si capisce, che sono segnati dalla combinazione degli artt. 1533 e 1534.

[2] Cfr., per es., BEKKER, *Pand.*, 2, 100.

in via di presunzione ad attribuire a Tizio una scrittura, che deve far prova a suo carico. Può benissimo avvenire che elementi di presunzione si combinino con elementi di prova in modo da formare un completo apparato di dimostrazione: un cumulo d'indizi si integri, per esempio, con testimonianze. Avremo in tal caso una prova mista, che, secondo il reciproco rapporto dei fattori suoi, s'avvicinerà al tipo della prova strettamente detta o a quello della presunzione. Ciò si ha ordinariamente quando la legge permette l'uso delle presunzioni (ossia degli elementi di presunzione) perchè vi è un principio di prova per iscritto (1). Una cospicua differenza fra presunzione e prova in senso stretto esisterebbe, se davvero vigesse la regola *praesumptum de praesumpto non admittitur*; se cioè non si potessero accertare in via di presunzione i fatti, che hanno da costituire la base di altra presunzione, mentre si possono accertare in via di presunzione i fatti costituenti materiali di prova o per via di prova quelli costituenti i materiali d'altra prova o di presunzione. Comincerò ad avvertire che tale principio non è espresso nelle nostre leggi: a farlo ritenere vigente non basta certo l'art. 285 del Codice di procedura civile, come pensa il Ramponi (2). Infatti tale articolo non conterrebbe tutt'al più che una specialissima applicazione a un caso ben determinato e in materia, come questa, di *ius singulare* (limitazione della piena libertà di prova) non è lecito procedere per mera analogia. Inoltre quell'articolo proverebbe troppo, poichè escluderebbe che i fatti riconosciuti da una sentenza passata in giudicato possano mai formare la base di una presunzione (3)! Ciò posto, io stimo che in diritto nostro il giudice sia liberissimo in proposito; farà egli molto bene a ricordare le risultanze della teoria della probabilità (4) per procedere correttamente nelle sue induzioni; ma, quand'egli arrivi alla necessaria persuasione, può e deve decidere senza curarsi

---

(1) Art. 1347 combinato con l'art. 1354.

(2) Op. cit., p. 309.

(3) L'autorità della cosa giudicata non ha nulla che vedere con le presunzioni. Il nostro legislatore, sulle consuete orme del POTHIER, è di diverso avviso (art. 1350 n. 3); ma è risaputo che tali elementi dottrinali dei codici non hanno alcuna forza obbligatoria.

(4) Cfr. PESCATORE, *Logica del diritto*, p. 164 sgg.

della via per cui vi è pervenuto. Si pensi infatti che alla certezza subbiettiva può corrispondere un diverso grado di probabilità obbiettiva: che, ove due presunzioni, le quali isolatamente persuadano il giudice, abbiano un fortissimo grado di probabilità obbiettiva, potranno benissimo anche composte persuaderlo tuttavia, benchè versato nel calcolo della probabilità. Ai numerosi e valenti scrittori che sostengono la contraria dottrina noterò ch'essi, senza avvedersene, cadono nell'errore, che forse a loro volta in altra occasione respingono, di attribuire alla presunzione minore efficacia dimostrativa e persuasiva che alla prova. Una volta che si concede essere entrambe equipollenti, una volta che si concede non poter neppure il giudizio basato su presunzione prescindere dalla certezza morale, vien meno la ragione di far qualsiasi distinzione in questo campo. Altrimenti, si dovrebbe proibire che si provino i materiali d'altra prova o di presunzione, perchè neppur la prova suol condurre alla certezza assoluta, ma solo alla certezza morale, ossia a un grado, per quanto altissimo, di probabilità.

Nel nostro codice s'intende includere la presunzione, ovunque si parla in genere di prova (in senso lato) senza distinguere. Per es. art. 165: « è ammesso a provare con ogni genere di prova »; art. 176: « la prova contraria può darsi con tutti i mezzi proprii a dimostrare... »; art. 638: « ... quando non vi sia titolo, segno o prova in contrario »; art. 674: « ... fino a prova contraria »; cfr. artt. 687, 839, 869, 896, 897, 1121, 1586, 1834, e moltissimi altri. Tuttavia non sempre è ammessa la prova per presunzione. Vi hanno limiti per ragione di materia e di valore, comuni alla prova testimoniale (1), dalla legge specificatamente indicati (2). Ma vi hanno limiti più generali dipendenti dalla configurazione del negozio giuridico. In tutti i casi, in cui la legge esige l'esplicita dichiarazione della volontà, è chiaro che resta vietato il provare per via di presunzione la volontà stessa. La legge qui parla di volontà

---

(1) Cfr. però Cod. comm., art. 44 combinato con l'art. 53.

(2) V. la recentissima trattazione del Ramponi, loc. cit., pp. 259-296. In queste note, che hanno soprattutto un intento dommatico e sistematico, non ci occupiamo dell'argomento. È singolare come siano generalmente neglette le materie trattate nel testo.

espressa, che contrappone a volontà presunta [1], non però in maniera del tutto corretta, giacchè in taluni passi « presunto » non si contrappone a « espresso », ma ha una diversa accezione. All'art. 1188, per es., il legislatore dice che l'obbligazione solidale « non si presume, ma debb'essere stipulata espressamente ». Dunque, è inutile dimostrare con evidentissima presunzione la volontà di obbligarsi solidalmente, ove manchi l'esplicita stipulazione. Così per l'art. 944 « la rinunzia ad una eredità non si presume »; è atto che, a differenza dell'accettazione (art. 934), esige una esplicita dichiarazione. Invece si legge (art. 1269) che la « novazione non si presume, ma bisogna che dall'atto chiaramente risulti la volontà di effettuarla ». La novazione si dovrà ammettere, anche quando non siasi espressamente indicata, purchè la volontà di novare si ricavi per presunzione (tanto si comprende nel « risultare chiaramente ») dall'atto contenente l'obbligazione. Il legislatore con la frase « non si presume » intende eliminare alcune categorie di presunzioni, non ogni presunzione.

Ancora più si scosta da quell'uso l'art. 845, secondo il quale il legato fatto dal testatore al suo creditore « non si presume fatto per pagare il legatario del suo credito ». Molto a torto si crederebbe che necessariamente tale volontà debba essere espressa. Essa potrà provarsi in qualsiasi maniera, anche per via di presunzione: la frase « non si presume » vuol dire che il giudice non è autorizzato a presumere, per il solo fatto che la qualità di legatario coincide con quella di creditore, che il legato sia preordinato a estinguere il debito: solo questa specialissima presunzione (da cui un giudice potrebbe trarre una subbiettiva persuasione, mentre sembra oggettivamente inadeguata al legislatore) è vietata: ogni altra presunzione, donde si ricavi siffatta volontà del testatore, è lecita. Non è senza rammarico che in materia così delicata e sottile siamo costretti a rilevare così funesta incongruenza di linguaggio; non è pur senza vivo desiderio di una pronta revisione, almeno formale, della nostra legislazione civile. Ritornando ora al limite generale accennato in quei testi di legge, osserveremo ch'esso non è che apparente. Infatti, dove l'espressa dichiara-

---

[1] Artt. 865, 897, 920, 1026, 1077 n. 1, 1188, 1271, etc.

zione è necessaria a costituire il negozio giuridico (principale o accessorio), questo non può senza di essa venire alla luce; la dimostrazione che si faccia della volontà non espressamente dichiarata non giova perchè, nonostante tale volontà, il negozio non sussista. Non è pertanto che sia vietata la presunzione come mezzo di prova; è che torna inutile dar la prova di ciò che è giuridicamente irrilevante. Sarebbe stato molto meglio che anche il legislatore si fosse messo sempre in quest'ordine di idee e avesse imposto l'obbligo dell'espressa dichiarazione, senz'aggiungere alcuna menzione delle presunzioni. Qualche volta egli si attiene a questo metodo migliore: per es. all'art. 920 si dice che la revoca di testamento per nuovo testamento deve avvenire per espressa dichiarazione, altrimenti non si revocano che le disposizioni incompatibili: all'art. 1077 n. 1 si dice che il donante non assume obbligo di garantire per l'evizione se non l'abbia espressamente promessa; etc. S'intende senz'altro in tutti questi casi che chi arrecasse validissime presunzioni per dimostrare la volontà di revocare il testamento anteriore o di obbligarsi alla garantia non approderebbe a nulla; e ciò non per insufficienza del modo di prova, ma perchè *aliud probatur et de alio litigatur*. Lo stesso a un dipresso può dirsi nei casi, in cui il legislatore non esige una esplicita dichiarazione della volontà, ma si contenta di una concludente manifestazione di essa, purchè resultante da un determinato atto o documento; giacchè qui pure abbiamo un limite posto alla libera manifestazione della volontà in ordine a un determinato scopo: limite che, ove sia oltrepassato, impedisce che il negozio giuridico venga alla luce. Ma vi hanno (e già l'abbiamo accennato) casi, in cui il legislatore mette direttamente in guardia contro una concreta, individuale presunzione, in vista che la base di essa è troppo fragile e pur teme che il giudice ne ricavi una soggettiva persuasione. Il legislatore prevede tale pericolo, quando si tratti di presunzioni ammesse facilmente su tal base nella pratica, ovvero quando nell'anteriore legislazione esse erano elevate a cosiddette presunzioni legali. Così all'art. 845 si vieta al giudice, che sulla base della coincidenza nella persona stessa della duplice qualità di creditore e legatario presuma destinato il legato a tacitare il creditore; all'art. 1139 si vieta al giudice

di presumere in base al silenzio delle parti; all' art. 1196 si vieta di presumere che il creditore, che ha ricevuto dal debitore solidale una somma uguale alla sua parte, abbia voluto liberarlo dall' obbligazione in solido; all' art. 1280 si vieta di presumere la remissione del debito in base alla restituzione del pegno [1]. Tenute ferme queste importanti distinzioni, sarà facile regolarsi nella interpretazione della legge, nonostante il poco rigore formale di essa.

Chiuderò questa prima serie di note, avvertendo che la prova contraria alla volontà dichiarata vuol essere più complicata di quella contraria alla volontà presunta. Per ridurre a mera apparenza la dichiarazione di volontà (quindi per negare ogni vita al negozio giuridico che ne dipende) non basta di regola dimostrare inesistente la volontà diretta alla dichiarazione. Giacchè, se questa tuttavia rimane, avremo ordinariamente le medesime conseguenze giuridiche o in base al negozio, cui la dichiarazione si riferisce, o, se pur si vuole in qualche ipotesi, in base a un negozio equipollente. Invece, per ridurre a mera parvenza inefficace la volontà presunta, basterà di regola dimostrare inesistente la volontà diretta al negozio, poichè qui volontà di dichiarare non si richiede. Però, se la base della presunzione è tale, che colui, *de cuius voluntate agitur*, sapeva o doveva sapere per l'uso comune che gli altri avrebbero presunto in tal modo, in concorso di determinate circostanze non basterà che dimostri l'inesistenza della volontà; qui l'ipotesi si configura in modo analogo a quella

---

(1) Se il legislatore non vietasse l'uso di tali presunzioni, esse sarebbero lecite al giudice, che nel caso concreto ne ricavasse la subbiettiva persuasione. Così con un nuovo argomento *a contrario* si può dimostrare che, qualunque siasi la dizione dell' art. 1354, si può validamente presumere in base ad un unico fatto. Altrimenti, tutti questi divieti singolari sarebbero stati inutili. Nessuno negherà al giudice nei casi accennati la facoltà di basarsi su altre presunzioni e neppur quella di presumere in base ad altri fatti e a quelli dichiarati insufficienti dal legislatore. Questo vieta una presunzione basata esclusivamente su tali fatti; non nega ad essi una certa efficacia dimostrativa, suscettibile d'integrazione e di complemento. Del resto, tutti questi limiti alla libera persuasione del giudice costituiscono materia di *ius singulare* e, se talora si dovrà interpretarli in modo estensivo, non si potranno mai applicare per analogia.

della volontà dichiarata e, se non per la volontà diretta al negozio, gli effetti giuridici potranno originarsi per la responsabilità della manifestazione (1).

In diritto romano, in forza della qualità di fonti del diritto attribuita ai rescritti dei principi, ai responsi dei prudenti e più tardi alle opere di questi, si ebbe il fenomeno notevole che le presunzioni, liberamente accolte dai principi e dai giuristi nella risoluzione di un caso particolare, si trovarono elevate in un testo di legge a dignità ed efficacia di norme generali. Con ciò stesso le presunzioni vennero a perdere la loro natura, non potendo più considerarsi come induzione diretta alla ricerca del vero quanto più non era lasciato al libero apprezzamento del giudice, e si ebbero sostanzialmente precetti legislativi invertenti il naturale onere della prova (qui non discorriamo delle così chiamate presunzioni *iuris et de iure*, che hanno diversa natura) fra le parti in giudizio. In seguito le leggi continuarono fino ai nostri giorni e continuano tuttora a stabilire siffatte inversioni di prova. Se queste si vogliono dire *praesumptiones iuris* o presunzioni legali, si dicano pure; purchè si avverta che qui non abbiamo una prova (in senso lato), qual'è la vera presunzione, ma una dispensa dalla prova. L'attore, se la norma è applicabile a suo favore, può conseguire l'intento « senza essere tenuto a provare... », come dice il C. Civ. nell'unico punto dove parla esattamente (art. 1414), e purchè non provi il contrario il convenuto (2). Bisogna ancora notare che non sempre tali dispense dall'onere della prova hanno luogo, perchè uniformi presunzioni abbiano in origine concluso sulla base dei fatti determinati circa l'esistenza del determinato rapporto o della determinata posizione giuridica. Molte volte il legislatore inverte l'onere della prova, poichè ritiene più agevole la prova contraria alla parte onerata, che

(1) Su tutta l'ardua materia, che qui possiamo solo accennare, cfr. Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozii giuridici*, 1884; Eisele, *Ungültigkeit der obligatorischen Rechtsgeschäfte*, 1887; Ferrini, *Monit. dei trib.*, 1887 [= *supra*, p. 335 sgg.]; Hartmann, *Werk und Wille*, in *Arch. f. civ. Pr.*, 72; Bekker, *Pand.*, §§ 92-93; Ranelletti, *Riv. it. sc. giur.*, 13, 1892, 3 sgg.

(2) Cfr. del resto art. 1352.

non sarebbe stata la diretta alla parte dispensata; molte volte ciò avviene perchè l'una delle due alternative nel dubbio gli par preferibile. Così, quando all'art. 724 cpv. si dice che nel dubbio si tratta come nato vitale colui di cui consta ch'è nato vivo, la ragione della norma è pur quella che par meglio al legislatore che nel dubbio s'attribuiscano diritti a un incapace anzichè se ne privi uno capace. E se l'art. 702 dice che in materia di possesso nel dubbio si decide come se il possessore fosse in buona fede, la ragione è che è meglio ritenere in buona fede chi non lo sia che coinvolgere a torto qualcuno di buona fede nella taccia di mala fede [1]. In questi casi si parla di presunzioni, e la legge stessa agli articoli citati usa questo linguaggio; ma è chiaro che è un modo improprio di esprimersi. Si avverta finalmente che molte volte sotto l'apparente forma di una presunzione legale si nasconde un semplicissimo concetto giuridico, che dal legislatore non è stato appreso che in qualche sua particolare e indiretta manifestazione. Nell'art. 1137 si dice, che « nel dubbio il contratto s'interpreta ... in favore di quello che ha contratto l'obbligazione »; nell'art. 1175, che « il termine si presume sempre stipulato in favore del debitore ». Tali articoli non sono che applicazioni meno felicemente esposte di un principio semplicissimo. Chi pretende l'adempimento di una obbligazione deve provarla (art. 1312) e in tanto ottiene in quanto prova; ora, nei casi dubbi accennati, l'obbligazione è certa e dimostrata solo fino al limite minimo e quindi esperibile solo fino a concorrenza di questo. Se fra più persone chiamate rispettivamente a succedersi si ignora quale abbia cessato di vivere per la prima, l'art. 924 dispone che « in mancanza di prova si presumono morti tutti ad un tempo e non ha luogo trasmissione di diritto dall'uno all'altro ». Disposizione poco felicente redatta, come ognuno vede, e perfettamente inutile, bastando i principii generali. Un principio analogo, e senza il fallace amminnicolo della presunzione, espone l'art. 42: « Niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona, di cui si ignori l'esistenza, se non provi che essa esisteva quando quel diritto è nato ».

---

[1] Analoga ragione hanno le presunzioni di premorienza nel diritto romano e in alcuni codici moderni.

Si accrescono gli inconvenienti e le difficoltà con la categoria delle presunzioni *iuris et de iure*, ossia di quelle presunzioni legali, contro cui non si ammette la prova. Sulla genesi di tali figure vedremo poi; diciamo subito che, qualunque siasi il linguaggio degli autori e dei codici [1], esse non hanno che vedere con le presunzioni. Si tratta di norme che disciplinano non la prova estrinseca, ma l'intima natura dell' atto o del fatto giuridico. La formola tipica è che « nell' ipotesi x, a si presume $= b$, senza ammettere prova del contrario »; ed è, come si vede, equivalente all'altra più chiara e vera « nell' ipotesi x, a ha il trattamento y (che ha anche b) ». Lo stesso nostro legislatore usa talvolta con l' intendimento medesimo le due formole, dando così la riprova della loro equipollenza. Nulla importa se in molti casi pratici a si riscontrerà veramente $= b$, poichè l' intenzione del legislatore è che a si tratti come b anche quando non equivale, ed è precisamente qui che sta l' importanza della norma e la ragione di essa. Gli articoli 286, 811 etc. contengono nella seconda formola provvedimenti della natura di quelli che il legislatore suol esprimere con la prima; ognuno si può convincere che, accostandosi così alla verità, egli ha assai meglio raggiunto il suo scopo. L' art. 159 offre un altro esempio (è padre = ha i doveri e i diritti di padre) della seconda formola, tanto più notevole in quanto che essa è abbandonata nei vicini articoli.

È pertanto innegabile la grandissima affinità che corre fra queste figure e le finzioni: se non si vogliono dire, come fanno alcuni [2], finzioni anche le prime, si dovrà almeno convenire che entrambe sono specie del medesimo genere. Si tratta cioè di casi in cui il legislatore, invece di applicare direttamente a una data configurazione giuridica il trattamento che le spetta, vuol farla apparire siccome identica a un'altra o compresa in un' altra, il cui trattamento a quella conviene; a tale scopo egli o comanda addirittura di fingere che le cose siano come non sono, ovvero proibisce di provare che le cose

---

[1] Non parlo dei codici a tipo francese (C. Civ. it. 1353); ma si confronti lo stesso *Progetto di Codice civile germanico*, ordinariamente ben più esatto, al § 198 (cfr. *Motive*, 1, p. 384 sg.).

[2] Per es. JHERING, *Geist* (tr. MEULENAERE, 1, 55); BEKKER, *Pand.*, 2, 77; 100.

stanno diversamente. Contro l'assimilazione delle *praesumptiones iuris et de iure* alle finzioni si va ripetendo [1] la nota distinzione di Menochio: « fictio fingit vera esse ea quae vera non sunt, praesumptio vero praesumit super re dubia... unde fictio nunquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe ». Lasciamo stare il *saepe*, essendovi figure di questa specie che non sogliono affatto corrispondere spesso al vero; in quanto al resto la distinzione sta, ma non ha quella decisiva importanza, che pare ordinariamente agli scrittori. L'importante si è piuttosto, nell'uno e nell'altro caso, che il legislatore non ammette che si tenga conto della diversità fra l'ipotesi e la verità delle cose: questo è il momento comune e fondamentale. Scevola, per indicare che si tratta di una mera dispensa di prova *(praesumptio iuris)*, non di un divieto della prova contraria *(praesumptio iuris et de iure)*, usa la frase felicissima: « locum *veritati* superfore » (D. 22, 3, 29, 1). Se, dunque, il carattere precipuo della cosiddetta *praesumptio iuris et de iure* sta nel non lasciar luogo alla verità, in ciò essa conviene mirabilmente con la finzione. Tanto minori saranno i casi in cui una *praesumptio iuris et de iure* conviene con la realtà delle cose e tanto più essa si avvicinerà alla *fictio* strettamente detta. Vi possono anzi essere delle specie, in cui sia dubbio quale delle due figure ci stia davanti: se una finzione non cessa di essere tale perchè in qualche rarissimo e anormale evento convenga con la verità, ognun vede quanto si accosti a una *praesumptio iuris et de iure*, che pur non soglia con la verità convenire.

Le finzioni non mancano nel Codice nostro, benchè non sieno state abbastanza ben delimitate dagli interpreti [2]. Cfr. per es. art. 945: « Chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato »; art. 1034: « Ciascun coerede è riputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota a lui pervenuti per incanti fra i coe-

---

[1] Per es. THÉVENIN, *Théorie générale des prés. légales*, 1883, p. 116; RAMPONI, op. cit., p. 51.

[2] Non scevra di confusioni è anche la trattazione del RAMPONI, op. cit., pp. 51-60.

redi e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari »; art. 1443: « in questo caso la comunione riprende il suo effetto, come se la separazione non avesse avuto luogo »; art. 1371: « chi ha deferito o riferito il giuramento può dispensare il suo avversario... dal prestarlo; ma il giuramento si ha come prestato » (cfr. artt. 413, 414, 481, etc.). Talora la finzione appare meno evidente; il legislatore sceglie una via intermedia fra la diretta espressione della norma e la *fictio*. Si consideri, per es., l'art. 579, 1: « Gli alberi di robinie ed i gelsi della China sono equiparati per le distanze agli alberi di alto fusto ». Se il legislatore avesse voluto scegliere (come altrove) la via della finzione, avrebbe scritto: « Si reputano (o si considerano) alberi di alto fusto le robinie e i gelsi della China »; se avesse invece voluto attenersi alla via diretta, avrebbe dovuto scrivere così: « ... devono osservarsi le distanze seguenti: tre metri per gli alberi di alto fusto, le robinie e i gelsi della China ». Ordinariamente quest' ultima via è preferibile; il linguaggio guadagna di precisione e di chiarezza: e perciò va data lode al Progetto di Codice civile germanico, ove le finzioni sono, almeno in gran parte, bandite. Bisogna però riconoscere che le finzioni possono essere un opportuno aiuto al pensiero giuridico, per procedere gradatamente e senza scosse; nè va dimenticato che le finzioni si vendicano talora amaramente dei legislatori, che han loro dichiarata la guerra [1]. Fino a un certo punto può dirsi lo stesso anche delle *praesumptiones iuris et de iure*. Mantenute nella legge con la debita parsimonia esse possono avere una duplice funzione utile: *a)* far meglio comprendere l'intenzione del legislatore di considerare quella norma così esposta come di *ius singulare; b)* illuminare sulla genesi storica della norma, il che non può mai essere senza grande vantaggio per la corretta intelligenza di essa.

La genesi di non poche norme giuridiche delle moderne legislazioni deve ricercarsi in presunzioni. Le frequenti e concordi presunzioni, che in base a determinati fatti pervenivano a un comune risultato, hanno mosso il legislatore a dispensare dalla prova colui, a cui favore quei fatti sussiste-

---

[1] JHERING, *Geist* (tr. MEUL.), 4, p. 291 sgg.

vano. Ciò in diritto romano si operò molto semplicemente, quando gli scritti comprendenti le decisioni dei giuristi vennero considerandosi come testi e fonti di leggi. Dalla dispensa della prova al divieto della prova contraria il passo è spesso agevole; e così molte, che in origine erano semplici presunzioni nello stretto senso della parola, pervennero fino alla figura di *praesumptiones iuris et de iure*, e quindi, deposto l'ingombro della forma artificiosa, si rivelarono, quali erano divenute, norme giuridiche vere e proprie. In origine [1] l'erede, cui venisse imposto per legato (d'obbligazione) di dare una cosa altrui, non poteva esimersi da tale onere se non dimostrando che il testatore ignorava l'alienità della cosa, credendola erroneamente sua propria, e che (ove avesse conosciuto l'effettiva condizione di fatto) non avrebbe ordinato il legato. In tal modo avrebbe fondato un'*exceptio doli*. Più tardi troviamo che l'ignoranza del fatto che la cosa è di un terzo fa presumere senz'altro che il testatore, conoscendo il fatto, non avrebbe ordinato il legato; autorevoli respondenti, come Nerazio, presumono che il testatore il quale lega una cosa di un terzo ignori questa condizione. Il responso di Nerazio è seguito da un rescritto di Antonino Pio nel medesimo senso, e così si ha il risultato che la libera *praesumptio hominis* si muta in presunzione legale e dispensa dalla prova: risultato ultimo si è che non più l'erede deve provare l'ignoranza, ma il legatario deve provare la scienza del testatore (D. 31, 67, 8. 22, 3, 21. Inst. 2, 20, 4).

In diritto romano, però, la presunzione non oltrepassa questi limiti. Sono notissime le vicende di questa presunzione nel diritto intermedio: la tendenza suol essere quella di renderla più rigorosa a spese del legatario [2]. Influì il noto principio del diritto canonico opposto al romano [3]. Nel diritto nostro la veste artificiosa di *praesumptio iuris et de iure* è stata ritenuta superflua e si legge all'art. 837: « Il legato di cosa altrui è nullo »; salvo che il testatore nel medesimo testamento esprimesse di conoscere la condizione della cosa.

---

[1] Cfr. per lo sviluppo storico FERRINI, *Legati*. pp. 290–95.

[2] Cfr. MANTICA, *De coniecturis ultimae voluntatis*. Venetiis 1579. lib. IX, tr. 9, 226' sq.

[3] Cfr. ibid., fol. 227'.

Più rigoroso ancora era il Codice francese (art. 1021). La giurisprudenza nostra tende a divincolarsi da questo articolo e si aiuta spesso con esegesi audaci, le quali non si possono affatto accogliere, qualunque opinione si possa avere *de lege ferenda* in proposito (1). In origine l'alienazione, che facesse il testatore dell'oggetto legato, non estingueva (se non, per ragioni formali, il *legatum per vindicationem)* il legato stesso: tutt'al più, dimostrando chiaramente l'*animus adimendi* del testatore, l'erede si poteva difendere con una *exceptio doli*. Sotto l'impero l'alienazione fa senz'altro presumere la *voluntas adimendi* e fa cadere il legato; anche qui la presunzione umana si eleva nel consueto modo a dispensa legale dalla prova. Che la prova dell'intenzione contraria nel caso concreto non fosse inibita, si ricava tuttora da alcune particolari decisioni, da noi altrove illustrate (2). Ancora nel diritto intermedio non solevano intendersi i testi nel senso di *praesumptiones iuris et de iure* (3): l'art. 892 C. C., « qualunque alienazione faccia il testatore... revoca il legato riguardo a ciò che è stato alienato », non ha più la forma della presunzione ed esprime direttamente la norma nuova. Sicchè per il diritto nostro non è più questione di *animus adimendi*: ed è bene insistervi, altrimenti si favorisce la tendenza (finora combattuta dalla giurisprudenza, non senza però notevoli eccezioni specialmente francesi) a eludere con incongrue distinzioni la volontà del legislatore: l'alienazione della cosa legata è per sè stessa, e prescindendo da ogni intenzione del testatore, un fatto che impedisce al legato di venire a perfezione. Bastino questi pochi esempi, presi da un campo fecondissimo e poco esplorato, anche per dimostrare quanto a torto e scrittori e magistrati ricorrono spesso a testi romani, che presuppongono una posizione diversa da quella del diritto vigente.

Il processo lento e graduale, per cui molti secoli conducono il portato di una presunzione del giudice a svilupparsi in una nuova norma giuridica, è stato avvertito anche da altri (4).

---

(1) Cfr. per es. Corte d'Appello di Brescia, 16 novembre 1868, in *Monitore dei tribunali*, 10, p. 253 sgg. e *nota* ibid., pp. 255-56.

(2) Ferrini, *Legati*, pp. 574-77.

(3) Ved. Mantica, loc. cit., fol. 4', e foll. 327'-29.

(4) Cfr. anche Ramponi, op. cit., p. 130 sgg.

Ma non è stato altrettanto notato il processo inverso o regressivo, per cui una norma giuridica decade a mera *praesumptio iuris* per arrivar quindi a non essere che una mera presunzione in senso stretto, lasciata cioè al libero apprezzamento del giudice (1). Ciò può avvenire in molte maniere, può soprattutto avvenire quando in un diritto venga scemando il culto della forma per crescere quello della volontà negli atti giuridici. In tal caso ciò che prima è norma assoluta, perchè riposa sui requisiti formali, diventa poi efficace fino a prova di una contraria volontà delle parti, che si vuol rispettare, e può anche ridursi ad essere un mero indizio di volontà corrispondente, che il giudice può valutare a suo arbitrio. Chi legge nel geniale libro del Gradenwitz sulle interpolazioni (2) le pagine relative ai *verba* e alla *voluntas* avvertirà qua e là alcuni casi del fenomeno, che abbiamo illustrato, benchè l'autore, intento ad altro argomento, non illustri l'interessante processo. Il quale si potrebbe designare come una degenerazione delle norme giuridiche a cui corrisponde un incremento della libertà delle parti e del giudice. Per es., se un testatore romano del tempo della repubblica avesse detto: « Titio fundum Cornelianum do lego », e poi avesse alienato il fondo, s'intende senza riacquisto *ante mortem*, il legato sarebbe stato senz'altro inefficace, perchè la cosa al tempo della morte non era più in proprietà del testatore. Dopo che il senatoconsulto Neroniano ebbe a restringere il soverchio rigore formalistico dei vecchi tipi di legato, il lascito avrebbe tuttavia potuto avere effetto; la volontaria alienazione costituiva una presunzione (elevata presto a legale dispensa di prova) dell'*animus adimendi*, ma pur sempre elidibile mercè prova contraria. In origine, la specificazione dell'oggetto legato estingueva senz'altro il lascito per la semplicissima ragione formalistica, che ormai l'oggetto non era più

---

(1) Il caso delle cosiddette *praesumptiones iuris*, che scendono ad essere mere presunzioni di fatto, è così frequente da non meritare neppure una illustrazione. Si pensi alle molteplici presunzioni raccolte nel *Corpus iuris*. In diritto giustinianeo, e quindi in diritto comune, esse hanno naturalmente valore di dispense legali di prova. Presso noi il giudice può ammetterle, quando rispondano al suo intimo convincimento.

(2) P. 170 sgg.

lo stesso a cui la disposizione si riferiva. Ma qui pure più tardi non si vide che una presunzione (nel diritto giustinianeo, almeno, una vera *praesumptio iuris*) della volontà di togliere il legato, restando ammissibile la prova del contrario. Persino i principii sull' estinzione dell' obbligazione per concorso di cause lucrative (i quali, come ho altrove dimostrato, dipendono nel diritto classico dalla stessa natura dell' *obligatio*) in qualche caso per diritto giustinianeo (1) lasciano aperto l' adito alla dimostrazione di una speciale contraria volontà delle parti. Suole avvenire che, quando il diritto neglige il culto della forma per una eccessiva tendenza a rispettare la volontà individuale, i danni di questo sistema promuovano una reazione. Il legislatore allora torna alle disposizioni assolute e vieta ogni prova circa la volontà concreta delle parti. Così il nostro diritto attuale (2) in molti punti è tornato al rigore del diritto classico, e anzi del diritto repubblicano: cfr. per es. artt. 892, 838. La giurisprudenza inconsapevolmente (mossa sia da un fallace sentimento di equità, sia da un erroneo impiego di testi romani) ricomincia l' opera di demolizione della norma giuridica e minaccia così di riaprire il varco a quegl' inconvenienti, cui il legislatore ha tentato di opporsi (3).

Come dunque abbiamo visto, la finzione e la cosiddetta *praesumptio iuris et de iure* sostanzialmente si equivalgono; sono forme speciali che, di regola, in seguito ad un particolare svolgimento storico, assumono carattere di norme giuridiche assolute (4). Sulle differenze fra queste figure e la effettiva presunzione, applicate al contegno subbiettivo negli atti giuridici, si possono considerare le avvertenze del Bekker (5). Una categoria intermedia sembra costituita dalla serie dei casi, in cui il legislatore non permette la prova in contrario che a certe condizioni. Già è stato avvertito che talora il legislatore non concede che un genere o alcuni determinati generi di prova contraria, ov-

(1) Cfr. l' interpolazione in D. 31, 21.

(2) In modo non dissimile il *Progetto del Codice civile germanico.*

(3) È, del resto, naturale che al legislatore s' imponga più l' interesse generale e al giudice l' individuale nella concreta configurazione dell' ipotesi, che quello ha contemplato in astratto.

(4) Cfr. Bonnier, *Preuves,* n. 734; Giorgi, *Obbligazioni,* 1, 421.

(5) *Pand.*, 2, 100 sgg.

vero solo la prova di determinati fatti escludenti [1]. Così, per es., la posizione di taluni muri o fossi li fa ritenere al legislatore comuni fra i vicini, e non ammette che due generi di prova (in senso lato) in contrario: la prova del titolo e del segno. Il marito non può disconoscere la paternità del figlio concepito durante il matrimonio, che adducendo determinati fatti escludenti [2]. Ma a mio avviso siffatti casi non divergono sostanzialmente dalle cosiddette *praesumptiones iuris et de iure*; si tratta di vere norme giuridiche, di cui l'ambito è più o meno ristretto dal legislatore, ma che entro quell'ambito sono assolute. Nulla hanno che fare con le semplici dispense di prova *(praesumptiones iuris)*, con cui le appaia il più recente scrittore sull'argomento [3]. Traducendo infatti in altra forma quelle disposizioni, risulta che il muro che è tra due fondi è comune, se non v'è titolo o segno in contrario (e cioè la proprietà esclusiva non può altrimenti mantenersi), e che il marito ha i diritti e doveri di padre circa il figlio concepito durante il matrimonio, tranne i casi etc. Ora siffatte norme così limitate dal legislatore, che sottrae determinate categorie di ipotesi al loro impero, non si trovano solo in questa materia, in cui egli si vale della forma della presunzione e sembra fare questione di prova.

Siffatte norme sono frequentissime nel diritto privato; noi ne addurremo taluni esempi e si vedrà come la differenza con quelle accennate sia meramente formale. È vietato il considerare come interposte le persone nominate eredi o legatari nel testamento; il divieto cessa se l'interposizione mirasse a favorire incapaci (art. 829). Le donazioni, che pur non sono perfette che con l'accettazione, in taluni casi (art. 1062) non possono essere impugnate per mancanza di questa.

Il creditore che riceve separatamente e senza riserva da uno dei condebitori solidali la sua porzione dei frutti maturati non perde con ciò il diritto di intentare l'azione in solido pei frutti futuri, e tanto meno per il capitale; da tal diritto decade invece se egli accetta in tal maniera il pagamento dei

[1] ZACHARIAE, *Corso*, § 750.
[2] C. civ., art. 162 sgg.; *Entwurf d. d. GB.*, § 1469.
[3] RAMPONI, op. cit., pp. 15-16.

frutti per dieci anni consecutivi (art. 1197). Coloro, cui fossero opposte le prescrizioni di cui al Cod. Civ. (1), non hanno altra difesa che la delazione del giuramento (2). Simili esempi si possono agevolmente moltiplicare; è chiarissimo che il legislatore pone angusti confini all' esplicarsi di una norma giuridica, di natura affatto analoga a quelli sopra accennati.

Si domanda ora se le presunzioni vere e le apparenti (dispense e divieti legali di prova) si possono ridurre a categorie ben distinte fra loro. Il nostro legislatore non dà alcuna classificazione delle presunzioni; all' art. 1350 dà in via dimostrativa l' enumerazione (generalmente criticata) di talune categorie di presunzioni legali. Una di queste categorie si riferisce all' autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata. Evidentemente il legislatore è sotto l' influenza dell' erronea opinione, che questa dipenda da una presunzione di verità; mentre l'autorità della cosa giudicata dipende dalla perspicua necessità giuridica e sociale che le liti abbiano un termine (3). Affatto analogo è il caso della prescrizione, per cui molti sostengono tuttavia la dottrina della presunzione legale (4). Le altre due categorie si riferiscono: *a)* agli atti che la legge dichiara nulli, come fatti in frode delle sue disposizioni; *b)* ai casi in cui la legge dichiara che la proprietà o la delibera-

---

(1) Lib. 3, tit. 28, c. 4, sezione 3 (art. 2133 sgg.).

(2) Art. 2142. Questo è un caso in cui suolsi trovare una presunzione: cfr. da ultimo PIPIA, *Annuario critico di giur. pratica,* 4, 61-70. Altri vedono la presunzione in ogni figura di prescrizione.

(3) Il COGLIOLO arreca contro la teoria seguita dal nostro Codice i numerosi casi, in cui l' errore può essere manifesto. Ciò però non torrebbe il valore ad una cosiddetta presunzione legale. Piuttosto è inutile giustificare con questa figura una regola di diritto, che ha il suo proprio e certo fondamento. Inoltre si avverta che autorità di cosa giudicata hanno anche le sentenze, che avrebbero potuto essere modificate o cassate, se le parti avessero continuato la lite, mentre si sono arrestate, senza che il loro ristarsi si debba ad acquiescenza (trascorso di termini etc.). Ciò che oggi non si presume vero, mentre la parte è disposta ad appellarsi, lo si presume domani perchè essa ha lasciato passare il tempo utile per errore o per non aver potuto raccogliere il denaro occorrente! Per la bella fiducia posta dalla legge nella verità della cosa giudicata v. Cod. proc. civ. art. 285, che male a proposito, come vedemmo, si vuol giustificare con la massima: " praesumptum de praesumpto non admittitur ".

(4) Cfr. THÉVENIN, *Prés. légales*, p. 123.

zione (due cose molto simili, come ognuno vede!) risulta da alcune determinate circostanze.

Basta riportare l'articolo perchè si comprenda senza bisogno di sottili commenti come tale esemplificazione sia inesatta e inadeguata. Il più recente scrittore italiano sulla materia propone una classificazione delle presunzioni legali fondata sull'obbiettivo giuridico, e cioè distingue: *a)* presunzione diretta a impedire la formazione di un rapporto giuridico: *b)* a riconoscere l'esistenza di un rapporto giuridico; *c)* le modalità di un rapporto giuridico esistente; *d)* lo scioglimento di un rapporto giuridico (1). A parte starebbe la presunzione della cosa giudicata. Su tale classificazione, senza entrare ora in particolari considerazioni, facciamo un riflesso generale. Non suole la presunzione essere diretta a riconoscere l'esistenza o l'inesistenza o la configurazione particolare di un rapporto giuridico; ma ordinariamente essa (come la prova in senso stretto) mira a riconoscere qualche atto o fatto giuridicamente rilevante, da cui il rapporto può essere costituito, determinato o sciolto. E ciò deve pur dirsi della presunzione legale, in quanto è apparente presunzione. Come si può dire, per es., che una presunzione è diretta a impedire la formazione di un rapporto giuridico? Lasciamo stare che sotto la veste di una *praesumptio iuris et de iure* si nasconde una vera e propria norma (il che, del resto, il Ramponi non ammette): qui consideriamo appunto la veste stessa, ossia l'apparente presunzione. Questa si riferisce alla frode (poniamo) fatta alla legge, data la quale l'atto risulta giuridicamente nullo; ma la nullità non deriva dalla presunzione, bensì dalla *fraus legi*, che viene presunta. Nè tali osservazioni mi sembrano inutili, poichè per esse si spiega come l'accennata classificazione non sia fruttuosa per la nostra dottrina. Infatti, non tenendosi conto della natura dell'atto o fatto presunto, ma solo dell'indiretta efficacia della presunzione, si sono collocate nella categoria medesima presunzioni eterogenee, e disgiunte in diverse categorie presunzioni omogenee. La seconda categoria comprende, per es., la presunzione di assenza, ossia di un fatto, a cui si rannodano talune conseguenze giuridiche, ma non diretto nè

(1) Ramponi, p. 16 sgg.; p. 206 sgg.

a queste, nè a quei fini economici o sociali, che per esse si garantiscono. Essa comprende poi la tacita riconduzione, ossia la presunzione di una volontà (che si ammette manifestata *per concludentiam)* diretta al negozio. Qui siamo nell' importantissimo campo della volontà presunta nei negozi giuridici, là in tutt' altra regione. Viceversa nella terza categoria il Ramponi colloca una numerosa serie di casi di volontà presunta, che si sarebbero dovuti congiungere con quello accennato; come pure tutti i casi da lui addotti per la quarta categoria. Nè poi quella classificazione parmi esauriente; dove si collocherebbe, per es., la presunzione di verifica, di cui all' art. 1638 C. Civ.? Il Ramponi [1] la colloca nella seconda categoria, ma non credo che possa dirsi, neppure mediatamente, diretta a riconoscere l' esistenza di un rapporto giuridico.

Ogni civile controversia mira a conchiudere se esista o non esista un diritto (le questioni circa la misura di un diritto rientrano in tali classi). Ora l' esistenza di un diritto si può conoscere dimostrando il fatto, donde esso prende l' origine sua; la inesistenza, dimostrando o la mancanza (inefficacia) del fatto generatore o l'avveramento del fatto risolvente. In via subordinata sarà lecito, per taluni diritti di particolare natura, di arguirne l' esistenza da fatti che ne sono la conseguenza. Lasciando ora da parte questi casi, e applicando alla teoria delle presunzioni il principio generale suesposto, arriviamo senza difficoltà alla seguente classificazione:

a) presunzioni di volontà nei negozii giuridici:

α) si presume la volontà non esplicitamente dichiarata, diretta ai fini del negozio;

β) si presume essere solo apparente la volontà esplicitamente dichiarata e diretta ai fini del negozio;

b) presunzioni di volontà diretta a fini riprovati dalla legge;

c) presunzioni di fatti produttori di effetti giuridici, ma non diretti ai fini, cui questi tutelano.

L'ultima categoria comprende fatti molto diversi tra loro; e, chi volesse, ben potrebbe suddistinguere (fatti interni, esterni etc.); ma la suddistinzione non offrirebbe alcun vantaggio per

(1) P. 233.

la nostra dottrina. Vi hanno poi i diritti reali, e segnatamente il dominio, che si affermano talvolta esteriormente con segni duraturi, dai quali pertanto è lecito presumere l'esistenza del diritto medesimo, non potendosi credere che tali affermazioni estrinseche, cui gl' interessati possono vedere e impedire, si operino e rimangano incontrastate, ove il diritto non consti. Qui fino a prova del contrario si riterrà esistente il diritto; qualche volta la legge eleva a dispensa di prova questa presunzione, che così non vien più lasciata al giudizio dell'uomo: cfr. artt. 547, 566, 567, 568 in fine etc. e per il condominio artt. 546, 565, 569. Questa categoria di presunzioni sta a sè, poichè a riconoscere l'esistenza del diritto non s'arriva mediatamente ma direttamente, partendo dalla base della presunzione stessa. Io non presumo che Tizio abbia edificato il muro sul proprio suolo o che abbia acquistato in processo di tempo la proprietà esclusiva di un muro comune o che sia diventato in processo di tempo domino esclusivo per abbandono e rinunzia del condomino (art. 549): io presumo dal modo, in cui ora il muro si trova, che esso è di proprietà di Tizio: concludo direttamente al dominio, non all'atto o fatto generatore di esso.

In seguito a tali considerazioni si vedrà che la dizione dell'art. 1350 è meno disgraziata di quanto a prima vista parrebbe. Omettendo l'erroneo accenno alla *res indicata*, troviamo indicate nell' articolo le presunzioni relative agli atti che la legge dichiara nulli, come fatti in frode di essa (rientrano nella categoria *b*), quelle relative alla deliberazione (e dobbiamo pensare ai casi della categoria *a*, *a*) e quelle per qui si dichiara risultare la proprietà da alcune circostanze (ed è il secondo gruppo da noi rilevato). Il legislatore non ha indicate tutte le categorie di presunzioni; ma non era sua intenzione il farlo (« tali sono etc. »); se si fosse espresso meno incertamente e avesse meglio distinto cose assai eterogenee, la sua esemplificazione sarebbe stata pienamente accettabile.

Ancora sulle presunzioni in diritto civile (*).

Il criterio distintivo fra la presunzione e la prova in senso stretto è riposto dal più recente trattatista della materia nella natura del rapporto logico, onde può il fatto noto collegarsi all'ignoto; secondo che il fatto noto si colleghi direttamente all'ignoto o indirettamente, cioè per via di induzione ulteriore, vi ha la prova (diretta) o la presunzione (prova indiretta). A tali considerazioni io avevo opposto che spessissimo, pur nella prova, sono necessarie siffatte induzioni ulteriori per arrivare al giudizio. Non basta che il giudice senta il testimonio, occorre che valuti e pesi la testimonianza, e ciò con il processo induttivo. In un recente scritto replica il Ramponi nel seguente modo: « Altro è valutare e pesare la testimonianza; altro è dalla testimonianza valutata e pesata indurre la verità del fatto. La prima di queste due operazioni può richiedere un lungo, indaginoso, complicatissimo processo logico, la seconda è rapida, semplice, quasi inavvertita; è un'induzione affatto spontanea: *hoc ex hoc* ». « Perchè è una prova la testimonianza? perchè, una volta constatata l'esistenza di tutte le condizioni soggettivamente e oggettivamente indispensabili a farla accettare, il lavoro che la mente deve compiere per giungere alla conclusione è tutto qui: il testimonio, che non si è ingannato nè ha voluto ingannare, dice una cosa, dunque la cosa è vera ».

A mio avviso il ragionamento dell'egregio scrittore riposa sopra un equivoco. « Prova » è il mezzo che può servire a conoscere la verità; le prove possono essere idonee o inidonee

(*) [In *Archivio Giuridico*, 50, 1893, pp. 564-569].

nel caso concreto: e ciò può dirsi tanto della prova in senso lato, quanto di quella in senso stretto e della presunzione. Il lavoro intellettuale, che fa il giudice per conoscere l' attendibilità, l' idoneità della prova, non entra nel concetto della prova medesima. Il giudice sente una testimonianza; questa è, come prova, esaurita: egli poi osserva le qualità del testimonio, le circostanze etc., e ritiene tal prova idonea allo scopo, con una serie di induzioni: per es., un uomo, che si trova in tali condizioni, non è capace di mentire, ovvero deve conoscere come stanno realmente le cose etc. Quale diverso lavoro fa il giudice rispetto ad una presunzione? Si arrecano fatti, da cui si pretende potersi indurre la verità di un asserto (come si presenta un teste, dalla cui deposizione si pretende potersi indurre la verità di un asserto); il giudice esamina se la presunzione si presta ad una valida induzione, come esamina se dalle qualità soggettive ed oggettive della testimonianza può indursi validamente che essa sia conforme a verità. In altre parole: se per testimonianza come prova s' intende la deposizione di un teste già valutata e trovata idonea dal giudice, per presunzione dovrà intendersi quel ragionamento induttivo già valutato e trovato idoneo dal giudice, il quale nell' uno e nell' altro caso non avrebbe ormai più nulla da fare. Ma anche la valutazione della testimonianza implica un raziocinio induttivo. O invece s' intende (come pur si deve) per testimonianza, presunzione etc. un mezzo di prova quale è presentato al giudice, prescindendosi dalla sua concreta idoneità, e allora sotto questo rispetto non c' è differenza logica fra i vari mezzi.

Al Ramponi può farsi anche un' obbiezione basata sulle così mal chiamate presunzioni necessarie. Queste, come egli stesso a suo luogo avverte, non sono presunzioni, sebbene tutt' al più ne rivestano la parvenza. E ciò perchè qui non si induce da un fatto un altro fatto, ma, a ben vedere, da un aspetto l' altro aspetto del fatto stesso. Eppure un' induzione è sempre necessaria; talora può anche non presentarsi molto semplice, dovendosi osservare se v'abbia possibilità di altre cause.

Un criterio differenziale era stato da me proposto nei termini seguenti: « la differenza sta in ciò, che quanto costituisce la prova in senso stretto ha per sua funzione di manifestare il fatto richiesto; mentre si ha la presunzione quando

ciò che serve a manifestare questo fatto non era preordinato a tale scopo ».

Secondo il Ramponi, tale criterio non sarebbe generale; e cita in proposito l'art. 1279 Cod. Civ., che dice: « la volontaria restituzione del titolo originale del credito sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore, costituisce la prova della liberazione ». È questa una presunzione legale, senza dubbio. Ma, soggiunge il Ramponi, « ciò che serve a manifestare il fatto della liberazione era appunto preordinato a tale scopo; s'intende che il creditore abbia restituito il titolo al debitore per liberarlo condonandogli il debito o perchè il debitore si è liberato con il pagamento o con altro mezzo di soluzione o, in generale, perchè l'obbligazione è estinta ». A questo proposito occorrono talune osservazioni. Prima di tutto non è vero che la restituzione del titolo avvenga sempre per tali ragioni; potrebbe benissimo avvenire, per es., perchè il creditore vuol dimostrare una singolare fiducia nel suo debitore. Ma ammettiamo pure che la restituzione avvenga in una delle ipotesi configurate dal Ramponi. Qui il creditore restituisce il titolo non per provare l'estinzione del suo credito, ma perchè egli del titolo non ha più bisogno. Per lo meno si confesserà da chiunque non essere punto necessaria quella intenzione, nè essenziale quella funzione. Invece la quietanza a quale altro fine si rilascia, se non per provare che il debito è estinto? La quietanza, adunque, costituisce una prova in senso stretto, essendo diretta precisamente a dimostrare l'avvenuta estinzione del debito; la restituzione del titolo invece costituisce mera presunzione, giacchè è bensì un fatto ordinariamente congiunto all'estinzione del credito e però tale, che con somma probabilità tale estinzione possa indursene; ma che non è diretto a provarla. Il quale ragionamento non esclude che in pratica taluno, conoscendo l'art. 1279 del Codice Civile, si faccia restituire il titolo proprio per procurarsi un mezzo di dimostrare l'avvenuta estinzione; ma ciò potrebbe operarsi per molte altre presunzioni e del resto non attribuirebbe all'atto un significato, che per sè stesso gli manca.

Parimenti io non posso recedere dall'avviso già manifestato, per cui la *praesumptio iuris* non costituisce che una inversione di prova e la presunzione *iuris et de iure* si può equiparare alla finzione. Che la cosa per sè sia probabile, non

è essenziale alle cosiddette presunzioni legali; il diritto prescrive di ammettere che le cose stiano in un deteminato modo. V'è un'intima contraddizione concettuale fra la prova, ossia un mezzo di indagine del vero, ed il precetto legale di tenere per vero un dato asserto. Le presunzioni legali di qualunque specie sono un'infelice creazione delle scuole bizantine, come confido di avere dimostrato in altro lavoro; esse non hanno origine in altro, che nell'uso e nell'applicazione fallace di taluni testi. Altrimenti non sarebbero mai state così male determinate. Si può dire che tra la finzione e la presunzione assoluta corre questa differenza, che in quest'ultimo caso potrebb'essere anche vero ciò che per comando del legislatore si ammette; ma questa differenza non ha veruna importanza dal momento che, sia o no vero il fatto, bisogna ammetterlo, e insomma nell'uno e nell'altro caso tutto si riduce a proibire di provare la realtà effettiva delle cose. Ora, tutta l'essenza della figura sta qui; qui tutto il suo scopo e la sua importanza. Il Ramponi veramente crede di trovare un argomento per dimostrare l'opportunità e anzi la necessità del tenere ben distinte le due figure, e cioè: « nella finzione si sa *a priori* che la prova contraria è inammissibile.... nella presunzione per negare l'ammissibilità della prova bisogna indagare se essa sia di quelle, contro cui l'art. 1353 vieta la prova ». Ma parmi che così si esca dai limiti del nostro argomento. Si tratta della differenza tra finzione e presunzione assoluta, e il Ramponi dice: « La differenza sta qui, che bisogna vedere se la presunzione è assoluta ». Ma qui si presuppone appunto che lo sia, come si presuppone appunto che sia constatata l'esistenza di una vera *fictio legis*.

E, poichè siamo in discorso di presunzioni legali, tornerò nuovamente a insistere su ciò, che le cosiddette presunzioni miste sono vere e proprie presunzioni assolute, nell'ambito rigorosamente tracciato dal legislatore (1). Poichè si avverta: in questi casi la prova contraria è vietata, salvo in talune ipotesi. Dunque, ove tali ipotesi non compaiono, la presunzione è assoluta. Invano adduce il Ramponi in contrario l'art. 1353 del Cod. Civ., nel cui disposto la presunzione, per es., degli

(1) Cfr. da ultimo anche il MANARA in *Diritto commerciale,* 11, 1893, 2.

articoli 546 e 565 non è compresa. Dal momento che appare essere oltre certi limiti vietata la prova contraria, ben diremo che oltre quei limiti la presunzione diventa assoluta. L'articolo 1353 dà un criterio generale per riconoscere le presunzioni assolute; non esclude che altre ve ne siano chiaramente indicate al loro posto. Del resto, è questione di nomenclatura e di designazione teoretica della natura di una figura giuridica, e in siffatte questioni il linguaggio del codice non ha veruna importanza per chi mira al riordinamento dommatico della materia. E non bene osserva lo stesso scrittore che a questo modo sono assolute tutte le presunzioni della legge, poichè tutte sarebbero assolute salva la prova contraria. Infatti, quando una presunzione ammette in genere la prova contraria, un'altra non l'ammette che in certe forme o condizioni, la differenza non è meramente quantitativa, è qualitativa: là si tratta di invertire semplicemente l'*onus probandi*, qui di escludere affatto, sia pure entro certi limiti, la prova di una difforme realtà.

Prima di venire a qualche osservazione circa una classificazione delle presunzioni, avvertirò ancora che la *res iudicata* va totalmente esclusa da queste (non è punto vero che ve l'includessero i romani, nè certo han questo significato le parole *res iudicata pro veritate accipitur*) (1). Se le altre considerazioni non persuadono l'egregio contradditore, pensi che *res iudicata ius facit inter partes*. Se la legge presumesse vero il giudicato, chiunque vi si potrebbe richiamare. Lasci stare anche qui quello che dice il codice; per le ricostruzioni dommatiche ciò è affatto indifferente. Noi dobbiamo esaminare gli istituti nella loro natura, quale dal codice si manifesta; non vincolarci alle opinioni dottrinali sparse per il codice, che, a con-

---

(1) Per le vere idee romane cfr. il senatoconsulto nel *Bullet. de corresp. hellénique*, 6, p. 367 sg.: τοῦτο μὴ εὐχερὲς εἶναι ὅσα κατὰ νόμους κεκριμένα ἐστὶν ἄκυρα ποιεῖν. E prima: ὅσα κεκριμένα ἐστὶ κατὰ νόμους... ταῦτα καθὼς κεκριμένα ἐστὶν οὕτω δοκεῖ κύρια εἶναι δεῖν. E ancora più evidente il decreto del proconsole di Sardegna edito anche nelle *Fontes* del Bruns [7a ed., p. 240], l. 11: " cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat ". Niun accenno anche remoto a qualsiasi figura di presunzione; come non vi accenna Cicerone *(pro Flacco*, 21, 49), quando formula nettamente il principio così: " re iudicata stari placere ".

fessione di tutti, non ne costituiscono in alcuna guisa parte obbligatoria.

La classificazione, che qui non riproduco, parmi si possa tuttavia mantenere. Infatti non mi pare senza importanza distinguere fra le presunzioni vere (ossia *hominis* e legali, in quanto hanno veste, parvenza di presunzione), per cui si arguisce un determinato atto o fatto che crea, modifica o scioglie un diritto, e le presunzioni [1], per cui si arguisce direttamente la esistenza di un diritto. Non è vero che la seconda categoria di presunzioni esorbiti oltre la sfera del dominio. Tutte le altre presunzioni conducono solo mediatamente a riconoscere l'esistenza o l'inesistenza di un diritto; e ciò appare in modo evidente dagli stessi esempi, che il Ramponi ha addotto per la tesi opposta. Scoperta questa nota differenziale fra le presunzioni di proprietà e le altre, importa nella grande serie di queste contraddistinguere due gruppi di particolare momento: quello delle presunzioni, per cui si arguisce una data volontà nei negozi giuridici, e quello della volontà diretta a fini riprovati dalla legge. Questi due gruppi infatti si rapportano a due teorie di gravissimo momento; quella della volontà presunta nei negozi giuridici e quella della simulazione. Questi due gruppi sono regolati ciascuno da leggi particolari ed hanno una impronta così caratteristica che un diritto, il quale ignori in genere il concetto di presunzione legale, potrebbe ammetterlo per uno di essi [2]. Rimane l'ultimo gruppo generale della presunzione di fatti produttori di effetti giuridici. Che in esso si possano statuire delle distinzioni secondarie a migliore chiarezza, io non lo nego; ma non veggo quale importanza obbiettiva esse potrebbero avere.

---

[1] Che sono le sole di proprietà: v. la ragione nell'altro mio scritto.
[2] Cfr. Ferrini, *Le presunzioni in diritto romano* [*supra*, p. 417 sgg.].

Sulla presunzione di revoca del legato stabilita dall'art. 892 del Cod. Civ. (*).

Che il testatore, alienando la cosa già da lui legata, intenda di revocare il disposto legato, è, generalmente parlando, una presunzione abbastanza naturale. La presunzione, se anche ignota ai giuristi dell' evo repubblicano, fu adoperata fin dai primi tempi dell' impero e presto per mezzo dei *responsa prudentium* e dei *rescripta principum* diventò una *iuris praesumptio*, ossia una legale dispensa di prova per l' erede che si rifiutasse a pagare il legato adducendo la mutata volontà del defunto, ossia la tacita *ademptio*. Libera rimaneva al legatario la controprova; anzi in qualche caso, soprattutto in quello di necessaria alienazione, si costituì una presunzione, e quindi una *iuris praesumptio* (rescritto di Severo Antonino), a suo favore, nel senso cioè che un' alienazione non spontanea si dovesse ritenere compatibile con l'animo di perseverare nel legato. La controprova qui spettava all' erede (1).

Il diritto intermedio tenne fermi i principii romani; la pratica anzi mostrò una decisa tendenza ad affievolire l' importanza della presunzione della mutata volontà ricavata dall' alienazione successiva al legato. Il Mantica nella sua insigne (e tuttavia utilissima) opera *De coniecturis ultimae voluntatis* (2) dichiara invero fortissima *(praepotens)* siffatta presunzione. Ma vi oppone ben dodici contropresunzioni, che in pratica li·

(*) [Nota alla sentenza 29 dicembre 1891 della Corte di Cassazione di Torino, in *Annuario critico di giur. prat.*, IV, 1892, parte 1ª, pp. 109-120].

(1) Cfr. in proposito FERRINI, *Legati*, pp. 574-577.

(2) Venezia, 1579, 12, 6, 327 sg.

mitavano straordinariamente l'ambito di essa. Fra queste contropresunzioni è la presente, la quale il nostro autore ammette sull'autorità dell'Alessandro [1]; che cioè ogni alienazione a titolo oneroso debba presumersi fatta *urguente necessitate* e non *animo adimendi*. Cosa punto strana, dal momento che i prammatici tendevano notoriamente a intendere sempre più largamente la *necessitas*; lo stesso Mantica pone solo in guardia di non confondere la *necessitas* con qualsiasi maggiore comodità e vantaggio: « si alienatio facta est alio titulo quam donationis, in dubio non videtur facta animo adimendi legatum; et si titulus est onerosus, necessitate cogente praesumatur facta alienatio et consequenter non videatur ademptum legatum ». Un'altra contropresunzione si derivava dal *favor pietatis*, quando il legato fosse lasciato a una causa pia. Il Mantica veramente (tit. 4 h. t.) rigetta questa contropresunzione, o almeno ne restringe moltissimo l'efficacia, e con lui sta il Menochio [2]; ma prevalse la combattuta dottrina, particolarmente per merito del Tiraquello [3]. Un'altra contropresunzione si ricavò a torto da D. 33, 7, 27, 3 [4] per il caso in cui il testatore avesse lasciato il prezzo ancora in mano all'acquirente [5]. Tralascio le altre meno importanti. Non registrata dal Mantica [6], ma dopo di lui così radicata nella pratica, che il Codice Napoleone dovè mettere in guardia il giudice contro di essa, è la contropresunzione per il caso di permuta: nello scambio di cosa con cosa non si soleva vedere un'alienazione [7], almeno in senso volgare.

Il Pothier, principale ispiratore del Codice francese, tratta in più luoghi, ma sempre brevemente, la materia. Egli si mo-

---

(1) *Consil.*, 2, cons. 31, 9.

(2) *Praesump.*, 4, 167, 15.

(3) *De privilegiis causae piae,* priv. 41. La più recente applicazione, che io conosco, è della Rota Romana, *Romana seu Tusculana legati pii,* 9 agosto 1862.

(4) Cfr. Ferrini, *Legati,* p. 576.

(5) Le più recenti applicazioni, che io conosco, sono: RR., *Amerina legati,* 5 luglio 1850; *confirm.* 7 aprile 1851; *Romana seu Tusculana leg. pii,* 9 agosto 1862.

(6) O, almeno, egli non discorre che del caso in cui il testatore abbia imposto alla nuova cosa il nome stesso dell'antica (loc. cit., 329).

(7) Il Pothier adduce sentenze in questo senso sull'autorità di Ricard, parte 3ª, n. 268.

stra seguace del puro diritto romano, per quanto dalla stessa sua esposizione si vegga quanto facilmente la *praesumptio mutatae voluntatis* si potesse dissolvere. La trattazione concisa, che egli fa di questo punto nell'elegantissima introduzione alle *Coutumes d' Orléans*, è stata evidentemente presente ai compilatori del Codice francese. Ecco che cosa scrive [1]:

« La vente ou la donation, que le testateur a fait du total ou de partie de la chose léguée, renferme *ex praesumpta eius voluntate* une tacite révocation du legs pour ce qui a été vendu ou donné. Cette présomption a lieu quoique la vente ou la donation soient nulles ..... quand même depuis le testateur aurait racheté la chose. Les circonstances peuvent faire cesser cette présomption ».

In esempio arreca l'*alienatio urguente necessitate facta*, la vendita *avec clause de réméré*, e accenna, come ammissibile, l'alienazione per via di permuta.

Il Codice francese trovò dunque in questa materia varie presunzioni pro e contro la perdurante efficacia del legato, le quali tutte potevano essere eliminate da prova contraria, e quindi costituivano piuttosto esca che freno alle liti [2]. Al salutare intento di troncare tutte le controversie, che offrivano tanta palestra ai cavillatori senza che si potessero ordinariamente risolvere con sicurezza di criterii, il legislatore credette opportuno di copiare il citato paragrafo di Pothier (omesso l'accenno teorico alla *praesumpta voluntas*), escludendo tutte le contropresunzioni ivi accennate, anzi avvertendo che nonostante tali circostanze il legato dovesse ritenersi revocato. Esplicitamente nota che nè il ricupero fatto dal testatore dell'oggetto alienato, nè « la vente avec faculté de réméré », nè l'alienazione « par échange » (come si vede, i tre esempi dati dal grande giureconsulto) impediscono l'applicazione della regola. Così nacque l'art. 1038 del Codice francese [3], a cui in

---

[1] *Introduction au titre XVI*. sect. 8, 1, 128 (*Oeuvres*. Bruxelles, 1883, 7, p. 337).

[2] Si avverta che per il diritto intermedio (e già sostanzialmente per il diritto giustinianeo; non però per il diritto classico) " non est aliqua praesumptio in testamento, contra quam probatio non sit accipienda „. MANTICA, op. cit., 1, tit. 2 n. 4, fol. 4 [1].

[3] V. *Discours au Conseil d' Etat et rapport au Tribunal* di JOUBERT: LOCRÉ, *Lég.*, 11, pp. 260, 473.

sostanza accede il nostro art. 892 (omessa la menzione della permuta, e saviamente, essendo già questa compresa nelle parole « qualunque alienazione »).

I giuristi francesi concordi videro stabilita per tale articolo una « présomption légale » (ossia una cosiddetta *praesumptio iuris et de iure*) della *voluntas adimenti* del testatore [1]. È vero che l' art. 1038 non accenna alla figura della presunzione; anzi, levato il relativo accenno del testo di Pothier, dice solo che l' alienazione *emportera la révocation du legs*; ma gl' interpreti si accordarono nel vedervi *une disposition déclarative de la volonté présumée du testateur* [2]. Anche il nostro Codice non fa cenno di presunzione: « revoca il legato »; ma e dottrina e giurisprudenza son concordi nel discorrere di presunzione di *animus adimendi*. Cfr. per es. Ricci [3]: « la legge presume che l' alienazione della cosa legata fatta dal testatore importi cambiamento di volontà rapporto alla fatta liberalità »; Losana [4]: « l' alienazione ... costituisce presunzione assoluta di revocazione del legato »; etc. Sembrerebbe far eccezione il Pacifici-Mazzoni, che scrive [5]: « L'alienazione .... della cosa legata importa non la presunzione di revoca, ma la revoca del legato ». Ma l' A. non si mantiene sempre coerente a tale suo insegnamento, come si vede dalla successiva trattazione e da frasi come la seguente [6]: « gli atti, dai quali la legge desume la volontà tacita del testatore di revocare il legato, sono ... l' alienazione ... della cosa legata ».

A primo aspetto la questione può parere oziosa. Non è ignoto ad alcuno che la cosiddetta presunzione *iuris et de iure* non è che una norma giuridica assoluta, la quale di presunzione non ha che la parvenza; a che dunque insistere tanto sul punto di sapere se l' art. 892 (= 1038 Cod. Nap.) contenga o no tale figura? Dal momento che gl' interpreti, parlando di presunzione, intendono tutti la *praesumptio iuris et de iure*, la

---

(1) In questo senso cfr. ZACHARIAE, *Corso*, § 725; TROPLONG, *Commentaire sur le titre des donations et testaments*, 4, n. 2091; AUBRY e RAU, *Cours*, ad § 735 (Paris, 1875, 8, p. 522 sg.).

(2) AUBRY e RAU, loc. cit.; DEMOLOMBE, *Cours*, 22, p. 230.

(3) *Diritto civile*, 3, p. 490 sg.

(4) *Success. testamentarie*, 1, p. 442 sg.

(5) *Successioni*, 7, p. 202.

(6) Op. cit., p. 206.

questione sembra essere puramente nominale. Ma così non è, ed anzi io mi vado sempre più persuadendo che in diritto questioni puramente nominali difficilmente si trovino. Il quesito, che io ho proposto, ha una duplice importanza. Una volta ammessa la teoria della presunzione, il decidere che questa sia *iuris et de iure* anzichè *iuris tantum* non è così apodittico da toglier modo di sostenere il contrario, e noi assistiamo nella pratica a continui conati di simile dimostrazione [1]. Inoltre, se anche la presunzione *iuris et de iure* non è che parvenza di presunzione, pure essa, nulla togliendo all'assolutezza della norma, offre un criterio per l'interpretazione di questa, e nella decisione dei casi particolari può essere molto influente l'idea di essa.

Partendo dal concetto di presunzione, si arriva sicuramente a trovare nel nostro articolo una *praesumptio iuris et de iure?* Non credo. Il fatto, che i compilatori del Codice napoleonico hanno detratto dal testo di Pothier tutte le contropresunzioni ivi allegate, non basta a provarlo; poichè altro è che il legislatore non riconosca efficacia a una contropresunzione, ed altro che neghi in genere la prova del contrario. L'argomento più forte è quello addotto anche dalla nostra sentenza; vale a dire quello che si trae dall'art. 1353, per cui non è ammessa veruna prova contro la presunzione legale, quando sul fondamento di essa si annullano certi atti o si nega l'azione in giudizio. La Corte è di avviso che « la presunzione legale di revoca desunta dall'alienazione è da comprendersi fra quelle, sul cui fondamento si annullano certi atti ». È noto quanto si disputi sull'intelligenza di quest'articolo, non troppo felicemente redatto (= Cod. Nap., 1352). Il Thévenin [2] osserva giustamente « que toutes les présomptions aboutissent en définitive à l'un ou à l'autre de ces résultats et qu'à ne les considérer que dans leurs dernières conséquences on n'arriverait à ne trouver partout que des présomptions absolues ». Gl'interpreti sembrano in massima d'accordo (benchè poi divergano grandemente nelle applicazioni parti-

---

[1] Tentativi di far rivivere antiche contropresunzioni non esplicitamente vietate dal legislatore, v. per es. respinti nella sentenza della Corte d'Appello di Casale (sede di rinvio), 30 marzo 1885, in *Monitore dei Trib.*, 26, p. 1198.

[2] *Théorie générale des présomptions légales*, 1885, p. 169 sg.

colari) nell'ammettere che l'articolo si riferisca a quelle presunzioni, che abbiano per immediata conseguenza o l'annullamento di certi atti o il diniego di azione in giudizio (1). Ora una *praesumptio animi adimendi* non parmi che rientri in questa categoria. Ivi non si dichiara nullo un atto per qualche vizio presunto, ma si stabilisce che un atto per sè valido venga reso inefficace da un posteriore atto giuridico presunto (la revoca) (2). Che poi anche per l'interpretazione dell'articolo importi che si ammetta o no una presunzione legale, è cosa che vedremo avanti.

Su qual fondamento si vuol vedere nell'art. 892 una presunzione? La legge non ha parola che autorizzi l'interprete a stabilirla; e può l'interprete ammetterla dove non è scritta? Io credo che la comune dottrina continui, senz'avvedersene, le tradizioni del diritto comune. In diritto comune tutti, e a ragione, discorrevano di *iuris praesumptio;* quando la nuova legge espresse il principio in forma assoluta, si cominciò a discorrere di *praesumptio iuris et de iure*. Ma a torto. Quest'ultima figura, che serve di mera veste o parvenza a una norma giuridica, è mantenuta nella legge, quando il legislatore crede per essa di meglio esprimere il suo pensiero e di segnare la via all'interprete, precisamente come la finzione, con cui ha la massima analogia. Intanto, dunque, può avere qualche significato, in quanto è espressa; finzioni e presunzioni *iuris et de iure* tacite sono un controsenso. Se il legislatore ha creduto di esprimere direttamente e senza tali amminnicoli il suo pensiero, ufficio dell'interprete è seguirlo coraggiosamente per questa via e non curarsi dello stato anteriore del diritto. Non v'ha poi alcuna necessità logica di creare presunzioni. Perchè il legislatore non può stabilire che un atto posteriore al testamento (nella specie, l'alienazione della cosa legata) faccia per la sua obbiettiva influenza e prescindendo dalla volontà delle parti perdere efficacia a qualche disposizione in esso scritta? Egli può essere in parte mosso dal pensiero, che, disponendo in tal modo, si troverà spesso d'accordo con la reale intenzione del testatore; ma egli è mosso soprattutto dal sano intendimento di dirimere mille

---

(1) Cfr. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligat.*, 5, art. 1352, n. 6.

(2) Secondo le idee del legislatore; del resto cfr. avanti.

controversie di ardua e malsicura definizione e di liberare l'erede e i terzi da noie e da impacci. Del resto, non nascondo che il legislatore non ha un concetto molto esatto del legato. Questo non è atto giuridico, che sia senz'altro perfetto e maturo con la valida confezione del testamento. Il legato è un atto giuridico che solo alla morte del testatore riceve la sua perfezione. E il legislatore sarebbe stato molto più nel vero, se avesse disposto che il legato non viene a perfezione, se dopo il testamento il suo obbietto è alienato dal testatore. Così si sarebbe avuta una regola affine (non identica) a quelle che disciplinavano l'antico legato romano, e si sarebbe tolta ai commentatori una pietra d'inciampo.

Fissata la natura della norma contenuta nel nostro articolo, vediamo alcune delle più disputate applicazioni. Anzitutto è controverso se il testatore possa salvare il legato, dichiarando nell'atto di alienazione che non intende con questo di nuocere al legatario, purchè, s'intende, l'oggetto alienato ritorni prima della sua morte nel suo patrimonio (art. 841). I giuristi francesi, coerenti alla loro teoria della presunzione, stanno comunemente per l'affermativa: cosi Troplong (1), Aubry e Rau (2): li seguono alcuni fra i nostri, per esempio il Pacifici-Mazzoni (3). Ma fra i giuristi italiani v'è una forte corrente contraria; vedi Ricci (4) e — a quanto pare, sulle sue orme — Losana (5). Reca davvero stupore siffatta decisone in due così risoluti sostenitori della teoria della presunzione. Infatti quando siamo di fronte alla esplicita contraria volontà del testatore, che toglie all'atto alienativo ogni significato contraditttorio al legato, verrebbe manifestamente a cessare la *ratio legis*, se questa fosse realmente condeterminata dalla riferita presunzione. E per vero, ovunque la legge presume una data volontà nelle parti, è ovvio ammettere che essa non intenda riferirsi ai casi di volontà espressa. È tutt'altro che valido il ragionamento del Ricci, ripetuto pure dal Losana. Prima di tutto egli si fonda sul carattere delle

---

(1) Loc. cit., n. 2091.
(2) Loc. cit., pp. 522 sg.
(3) *Successioni*, 7², p. 203 sg.
(4) *Corso*, 3, p. 490.
(5) *Successioni testamentarie*, 1, p. 443.

presunzioni *iuris et de iure;* ma su questo carattere nessuno discute, bensì sull'ambito della presunzione in discorso. Poi aggiunge: « quando la legge dichiara che un dato fatto importa revoca della disposizione testamentaria, questa non può farsi rivivere che con una nuova disposizione testamentaria, dappoichè una liberalità revocata si ha come non fatta. Ora non è in un contratto che possano contenersi disposizioni efficaci di ultima volontà ». Questa è mera petizione di principio; poichè di questo appunto si tratta, se con una simile alienazione la disposizione di ultima volontà venga revocata. Il ragionamento del Ricci sarebbe valido nella ipotesi di una dichiarazione tendente a conservare il legato che venisse fatto dopo l'alienazione: essa certamente non basterebbe a ripristinare una disposizione dalla medesima alienazione eliminata (1). Per noi invece, che non troviamo nell'articolo una presunzione, ma semplicemente la norma che l'atto di alienazione posteriore al testamento impedisce all'atto giuridico del legato di venire a perfezione, è chiaro che una dichiarazione del testatore in senso contrario non può impedire che l'effetto si avveri. E questo risultato sarà quello che meglio risponde ai fini del legislatore. Infatti, ammettendosi che una contraria dichiarazione che faccia il testatore nell'atto alienativo basti a tener vivo il legato, è troppo facile l'accontentarsi di una volontà che, pur non esplicitamente dichiarata, risulti dal complesso dell'atto (2), e insomma si viene ad aprir l'adito per la finestra a tutte quelle presunzioni e controversie che il legislatore ha creduto escludere per la porta. Vuol dire che, invece di argomentare anche dal contegno anteriore o successivo dell'alienante, si argomenta solo dall'atto di alienazione; ma il guadagno non pare nè molto nè invidiabile.

La legge stabilisce che il legato non debba sortire effetto, neppur quando l'alienazione sia nulla. È grave disputa fra gli autori francesi, come pure fra gli italiani, se ciò debba intendersi di qualsiasi nullità. Ordinariamente si distingue. Si distingue, cioè, fra atto inesistente e atto nullo (secondo la bia-

---

(1) E una siffatta dichiarazione anteriore perderebbe ogni valore per l'alienazione susseguente.

(2) In questo senso la giurisprudenza francese; v. la sentenza riferita nel PACIFICI-MAZZONI, loc. cit., p. 204 sg.

simevole terminologia del Laurent), cioè fra atto radicalmente nullo e atto annullabile, e si limita al secondo l'effetto estintivo. Fra gli atti annullabili altri distinguono ancora, secondo che il vizio si riferisce o no al consenso, e nella prima ipotesi non ammettono che venga meno il lascito. Circa la prima distinzione, essa si trova propugnata dallo Zachariae (1) e dal Troplong (2); in Italia dal Pacifici-Mazzoni (3), dal Ricci (4) e dal Losana (5). In contrario (e quindi d'accordo con la sentenza torinese) vedansi Aubry e Rau (6) e Demolombe (7). È veramente strano che così si distingua dai paladini della teoria della presunzione, mentre, come si osserva in Aubry e Rau, « la révocation (secondo tale dottrina) résulte bien moins de l'existence et de l'efficacité de l'aliénation comme translative de propriété *que de l'intention de révocation manifestée par l'acte d'aliénation* ». Non può infatti dubitarsi che siffatta intenzione si rileva tanto da un atto radicalmente nullo (per es., da una donazione non seguita da accettazione, da una donazione per atto privato, da una vendita di stabili verbale, etc.), quanto da un atto annullabile. Ciò è tanto vero che, quando dall'alienazione si ricavava una mera *iuris praesumptio*, il Mantica (8) scriveva, senza distinzione, « haec coniectura extenditur ut legatum ademptum intelligatur etiam si alienatio sit *inutilis seu invalida* ». Ma, anche seguendo la nostra teoria, non si giunge al risultato accolto dalla comune opinione. Infatti è chiaro che la legge considera mancato il legato, quando dopo il testamento il testatore ha compiuto sull'oggetto lasciato un atto di disposizione, senza curarsi se questo sia o non sia giuridicamente efficace. Ogni ragione di distinguere vien meno; tanto più che, per quanto il linguaggio del legislatore sia in questa ardua materia deplorevolmente incerto, tuttavia non è dubbio che egli suol chiamare nulle le aliena-

(1) § 725, n. 13.
(2) Loc. cit., n. 2092.
(3) Op. cit., p. 212.
(4) Op. cit., p. 492.
(5) Op. cit., p. 445.
(6) Loc. cit., p. 523.
(7) Loc. cit., p. 225 sg.
(8) *De coniecturis ultimae voluntatis*, ed. cit., fol. 327¹.

zioni, che il Laurent direbbe inesistenti: cfr., per es., artt. 1056, 1064 sg., 1460, 1461, 1314 etc. Io eccettuerei unicamente il caso che l'atto fosse radicalmente nullo per mancanza di consenso; poichè il Codice discorre di « alienazioni fatte dal testatore » e non può dirsi, per es., che siavi alienazione fatta da lui, se, per es., divenuto pazzo o in un momento di completa ubbriachezza, ovvero ipnotizzato, compie l'atto. Qui abbiamo una azione materiale sulla cosa, ma non abbiamo un atto di disposizione su di essa; e però, se in tale ipotesi la cosa si trovasse poi *mortis tempore* nel patrimonio del testatore, il legato dovrebbe stimarsi efficace. Invece non saprei accogliere la seconda distinzione e ammettere l'efficacia del legato in caso di alienazione impugnabile per vizio di consenso. Tale insegnamento è ben conforme alla dottrina della presunzione; e infatti il Losana [1] scrive: « se l'alienazione fosse nulla per vizio di consenso, anche in questo caso l'alienazione non potrebbe valere come revoca.... sarebbe assurdo ravvisare la volontà di revocare il legato, quando tale alienazione fosse viziata appunto per mancanza di efficace consenso dell'alienante ». Ma tale insegnamento non si accorda con la nostra dottrina; una volta che abbiamo il fatto della disposizione avvenuta per opera del testatore, abbiamo quanto basta perchè sia impedita la perfezione del legato. E così si eviteranno altre pericolose questioni circa la natura del vizio del consenso. Giacchè ben potrebbe darsi che senza l'errore, la violenza o il dolo io non avrei fatto quel contratto, ma ne avrei fatto tuttavia un altro diverso con lo stesso oggetto; e in tal caso i sostenitori della teoria da noi combattuta dovrebbero logicamente ritenere inutile il legato.

Quid dell'alienazione fatta sotto condizione sospensiva, ove questa non si avveri? La giurisprudenza francese inclina a ritenere efficace il legato (lasciando naturalmente libero il giudice di arrivare per via di una *hominis praesumptio* a un diverso risultato): cfr. Troplong [2], Demolombe [3], Aubry e Rau [4]. Dello stesso avviso sogliono essere gli scrittori italiani:

---

[1] *Succ. test.*, p. 445.
[2] Op. cit., n. 2099.
[3] Loc. cit., p. 218.
[4] Loc. cit., p. 524.

cfr. Borsari (1), Pacifici-Mazzoni (2) e Ricci (3). In contrario v. tra i francesi per es. il Duranton (4) e fra gli italiani il Losana (5). La ragione data dal Pacifici-Mazzoni (veramente con poca coerenza con le premesse) è in piena armonia con la teoria della presunzione: « Quegli che aliena sotto condizione sospensiva *non ha una volontà definitiva di alienare, e perciò di revocare il legato*; egli stesso questa sua volontà subordina all' evento futuro e incerto ». La teoria, per cui nella condizione si ritiene appunto incerta l'esistenza della volontà, è tuttavia la più diffusa (6); ma è pure noto quali gravi obbiezioni si possono muovere in contrario (7). Del resto, con la nostra dottrina non abbiamo bisogno d' incontrare simili difficoltà. L' alienazione sotto condizione sospensiva è sempre un atto irrevocabile di disposizione della cosa, e però vien compresa nella locuzione del nostro articolo. Dall' alienazione sotto condizione sospensiva nascono anche immediatamente gravi effetti giuridici per l' alienante (8): non v' è alcuna ragione di fare eccezione per tali alienazioni, mentre la legge non eccettua le stesse alienazioni nulle (9).

Si fanno questioni circa i casi di espropriazione forzata in procedura di esecuzione, di espropriazione per causa di pubblica utilità e simili casi. Ammettono qui pure inefficacia del legato tra i francesi lo Zachariae (10) e il Duranton (11); ma

---

(1) *Commento*, art. cit.

(2) Loc. cit., pp. 209-211.

(3) Op. cit., p. 491.

(4) IX, p. 459.

(5) Op. cit., p. 446.

(6) ARNDTS, *Pand.*, 1, § 66; RUDORFF, note a PUCHTA, *Pand.*, § 59; BRUNS, nell' *Encicl.* di HOLTZENDORFF, 1[4], p. 421.

(7) Cfr. WINDSCHEID, *Pand.*, 1[7], § 86.

(8) Cfr. WINDSCHEID, loc. cit., § 89. Cod. civ., art. 1163.

(9) Insistono i francesi sul punto che " le presunzioni legali non devono estendersi; e, poichè la legge non parla di queste alienazioni condizionali, mentre parla di altre sotto condizione risolutiva, non devonsi credere comprese anche le prime ". Ma appunto che qui si tratti di presunzioni noi neghiamo. Del resto, se qui si trattasse di *ius singulare*, avverto che non siamo in tema di estensione analogica (così, pare, — se pur non confondono le due cose — AUBRY e RAU, loc. cit.), ma di interpretazione estensiva, e questa è lecitissima anche in tema di *ius singulare*.

(10) Loc. cit., § 725, n. 15.

(11) Loc. cit., p. 158 sg.

prevale la contraria dottrina, su cui veggansi, per esempio, Troplong [1], Aubry e Rau [2], Borsari [3], Pacifici-Mazzoni [4], Ricci [5]. Sicchè, ove la cosa ritorni prima della morte del testatore nel suo patrimonio, per tali scrittori il legato risulta efficace. Tale risultato suolsi appoggiare sulla dottrina della presunzione: « l'aliénation de la chose léguée ne fait présumer la révocation du legs, que lorsqu'elle procède de la volonté du testateur », leggesi in Aubry e Rau. Ma non è punto necessario un siffatto ragionamento. La legge parla di alienazione « fatta dal testatore », ossia di un negozio giuridico procedente dalla sua libera attività; nei casi presenti il testatore è passivo anzichè attivo, e la legge non va quindi interpretata in modo da comprenderli [6].

Ancora una questione. *Quid* se la testatrice costituisce a sè stessa in dote l'oggetto legato? Se la proprietà dell'oggetto è trasferita al marito (sia con la semplice stima se si tratta di cose mobili, sia con l'espressa dichiarazione se si tratta d'immobili: artt. 1401-1402 Cod. Civ.), parmi non debba sorgere dubbio alcuno. Siamo davanti ad una vera alienazione, e non v'ha motivo per non applicare l'art. 892. Nel caso invece che la proprietà rimanga presso la costituente, suolsi decidere in senso contrario [7], perchè, si dice, non vi è alienazione [8]. D'altro avviso è, per es., il Borsari [9], seguito dal Pacifici-Mazzoni [10]. Questi scrittori si preoccupano della incompatibilità intenzionale fra le due disposizioni. Ma è chiaro che essi non hanno posto bene il quesito. È certo che il legato non vien meno per la norma dell'art. 892, poichè non vi ha alienazione. Ma d'altra parte non è preclusa la via al giudice

---

(1) Loc. cit., n. 2095.

(2) Loc. cit., p. 525.

(3) Su questo art.

(4) Loc. cit., pp. 213-16.

(5) Loc. cit., p. 492.

(6) In questo senso la Cassazione di Torino, 2 marzo 1868, negli *Annali*, 2^2, 7.

(7) Salva, s'intende, ove dal matrimonio nasca prole, l'applicazione dell'art. 888.

(8) Cfr. Ricci, loc. cit., p. 491; Losana, loc. cit., p. 441 n. 1.

(9) Su questo art.

(10) Op. cit., p. 208.

di indagare se con la costituzione dotale la testatrice non abbia per avventura abbandonato la primitiva sua volontà. Qui, sì, siamo in campo di presunzione, e di presunzione *hominis*; liberissimo il giudice di decidere secondo coscienza, esaminate tutte le circostanze che in proposito lo possono illuminare.

Prima di lasciare l'argomento giova che osserviamo le disposizioni che sull'ardua materia si leggono nel Progetto di Codice Civile dell'Impero germanico, il quale si è distaccato notevolmente e dal diritto comune e dalle precipue legislazioni vigenti [1]. Il § 1848 dispone che, quando il testatore lega una cosa come sua propria, il legato è valido, a condizione che:

a) o l'oggetto gli appartenga al tempo della morte;

b) ovvero sappia, al tempo in cui fa il testamento, che esso non gli appartiene.

Da questa duplice disposizione i Motivi pretendono che l'interprete ricavi la terza, che, cioè, ove la cosa appartenente al testatore al tempo del testamento più non gli appartenga al tempo della morte, il legato sia nullo: quindi anche nella ipotesi di alienazione. Il ragionamento presupposto dai Motivi è evidentemente questo [2]: se alla morte del defunto si trova che l'oggetto legato è uscito (poniamo per alienazione) dal suo patrimonio, mentre gli apparteneva nel tempo del testamento, non concorre nè l'una nè l'altra delle condizioni alternativamente richieste dal § 1848 per la validità del lascito: poichè nè l'oggetto era suo *mortis tempore*, nè *testamenti tempore* egli sapeva che la cosa era altrui; mentre anzi sapeva che era propria.

Lasciamo ora stare la critica, che merita siffatta redazione, ed esaminiamo la sostanza della norma. Il Progetto ha il merito grande di avere abbandonato la fallace categoria della presunzione e la non meno fallace categoria della revoca. L'uscita dal patrimonio dell'oggetto legato (senza che rientri *ante mortis tempus*) impedisce la perfezione del legato. Anzi, il Progetto non distingue fra alienazione, perdita, espropriazione e qualsiasi altro modo, per cui la cosa può uscire dal patri-

---

(1) V. *Entwurf*, §§ 1848-1849, e *Motive*, 5, p. 145 sg.

(2) Basterebbe questo punto a giustificare il rimprovero del Bekker (Pref. al 2º volume delle *Pandekten*), che il Progetto esige dal giudice più di quello che è equo pretendere.

monio del testatore; ognuno di tali eventi impedisce (se la cosa non vien ricuperata *ante mortem*) la perfezione del legato; mentre in ognuno di tali casi il rientrare della cosa nel patrimonio rende efficace il legato stesso. Ogni indagine circa la volontà del testatore è esclusa. Se il testatore ha venduto la cosa con la chiarissima intenzione di privarne il legatario, il legato resta fermo ove la cosa ritorni, per es., per donazione all'alienante. Può lodarsi il Progetto per avere così totalmente sbandito la categoria dell' *ademptio?* Non lo credo; tanto più che siffatto rigore nel precludere la strada ad ogni indagine circa la volontà del defunto non si accorda con altre disposizioni in questa stessa materia. Per es. il § 1849 dichiara valido il legato di cosa altrui, ove al tempo del testamento il testatore conoscesse tale condizione della cosa. Il paragrafo non dice di più, e quindi sarà ammessa ogni prova per dimostrare siffatta scienza del testatore. E, se ciò si ammette così largamente in contraddizione ai moderni Codici [1], perchè non ammettere che la volontà anche dichiarata del testatore abbia alcuna efficacia nel caso di alienazione della cosa legata? Perchè non ammettere almeno una distinzione fra l'alienazione e gli altri modi, per cui l' oggetto esce dal patrimonio, per il caso in cui esso venga ricuperato? [2].

---

[1] Cod. Nap., art. 1021; Cod. civ. it., art. 887; Cod. austr., § 662.

[2] Gli autori non si propongono il seguente quesito. Pongasi che il testatore scriva: " Lascio a Tizio l' oggetto x e, se l' alienerò, ordino all' erede di ricuperarlo e di farlo avere al legatario „. Sarebbe valido il legato, nonostante l' effettiva alienazione? Io credo che i più sarebbero per la validità, combinando il disposto degli artt. 887 e 892. Ma tale soluzione è dubbia: poichè la legge parte dal ragionamento (non pienamente esatto nella forma, ma sostanzialmente accettabile) che il legato è essenzialmente revocabile fino alla morte; e vi hanno atti che importano siffatta revoca senza che sia lecito discutere sull' intenzione del testatore.

RECENSIONI

GENNARO MANNA, *Degli argentarii in diritto romano.* - Lanciano, Carabba, 1886 (*).

È questo il primo fascicolo di una lunga opera su gli argentarii romani, che si comporrà di ben dodici puntate. In questa primizia l'A. si limita a indagare il significato dei molti sinonimi *(argentarii, nummularii, mensarii, mensularii, collybistae, argentariae mensae exercitores, argenti venditores* o *distractores,* τραπεζίται, *foeneratores* etc.).

La questione principale riflette la distinzione degli " *argentarii* „ dai " *nummularii* „, che l'A. risolve con l'opinione ora dominante, e certo con ragione, dicendo che in origine i *nummularii* erano i cambiavalute, mentre gli *argentarii* erano gli orefici, che col ricever deposito d'oro e d'argento divennero banchieri. La voce " *mensarii* „, propriamente usata per i *Vviri m.*, fu applicata anche ai *nummularii,* coi quali sono identici e *mensularii* e *collybistae* (voce però, quest'ultima, avente senso più ampio). Voci più generiche sono le altre.

L'A. merita lode per le sue indagini diligenti; in gran parte ha rovistato la letteratura e mostra di conoscerla bene. Forse su alcune opinioni poco serie dei vecchi non era necessario fermarsi tanto; meglio era dedicare quel tempo a discutere più a lungo altre dei moderni. Qua e là è sfuggita qualche lieve inesattezza. Per es., nell'editto 9 (1) non leggiamo più " σαμαρείτας „ = " *Samaritanos* „ (2); ma, come c'insegna l'Epitome del Codice Bodleiano 3399 (3), " ἁρμαίτας „.

Nummus non deriva nè da νόμος nè da *Numa* (4); ma *nummus,* νόμος, *Numa* e *Numitor* pendono tutti dalla v. *nom :* i due nomi leggendarii *Numa* e *Numitor* non significano che " legislatore „.

(*) [In *Arch. giur.*, 37, 1886, p. 336].

(1) ZACH., n. 59.

(2) Cfr. MANNA, p. 20, che però non cita la fonte di questa appellazione.

(3) Vedi ZACHARIAE, 'Ανέκδοτα, p. 224.

(4) Pag. 13.

L' interpretazione di D. 14, 4, 20 [1] non è forse quella che pare più semplice e corretta.

Ad ogni modo si tratta di uno studio notevole; ed è da sperare che l' A. lo conduca valorosamente, come ha cominciato, sino alla fine.

L. FERRARINI, *L' invalidità degli atti giuridici.* - Modena, Sarasino, volume I, 1892 (*).

L'egregio avvocato L. Ferrarini, alunno dell'Ateneo modenese, è assai benemerito della teoria degli atti giuridici nel nostro diritto civile. È questo un campo finora quasi negletto dai civilisti nostri, e solo in alcuni recentissimi trattati la categoria del negozio giuridico è fissata (e, io penso, con vantaggio del sistema) sull' esempio del diritto comune. Intanto il Ferrarini nel breve giro di un anno ci ha dato una serie di notevoli monografie, frutto di non breve periodo di preparazione e di studi, trattando della causa negli atti giuridici [2], della forma degli atti giuridici [3], della rappresentanza negli atti giuridici [4]; finalmente ha pubblicato il primo volume di quest' opera per argomento, contenuto e mole di gran lunga più importante.

In questo volume si contengono le prime tre parti del lavoro; nella prima si parla in generale della dottrina della invalidità degli atti giuridici, nella seconda della invalidità secondo i diritti positivi (il romano, il francese e l' italiano), nella terza delle varie classificazioni dell' atto invalido e dei criteri per l' interpretazione della legge.

Il secondo volume, di cui si annuncia prossima la pubblicazione, tratterà dei singoli casi di invalidità secondo il nostro diritto e delle azioni ed eccezioni di annullamento.

La prima parte, che è fondamentale per l' intelligenza dell' intero lavoro, pone la distinzione fra atto inesistente e atto annullabile, che qui si difende e sostiene come logica e conforme alla natura delle cose, mentre poi nella seconda parte si difende come conforme al diritto nostro contro la diversa dottrina del Pescatore.

L' A. non confuta *ex professo* la dottrina che sempre più si accentua fra i cultori del diritto comune [5], e che mira a ridurre a una sola soluzione tutti i casi di invalidità: ma nelle sue osservazioni gli elementi per tale confutazione non mancano. Egli pone in chiaro che non il dualismo storico e accidentale del diritto civile e pretorio è stato l' unico determinante di quella distinzione, ma che essa ha la sua ragione

---

(1) P. 22 sg.

(*) [In *Riv. it. sc. giur.*, 14, 1892, pp. 107-08].

(2) In *Filangieri*, 16, 1891, 1, p. 742 sgg.

(3) In *Rend. Ist. Lomb.*, s. II, 25, 1892, p. 126 sgg.

(4) *Ibid.*, p. 224 sgg.

(5) Cfr. da ultimo il GRADENWITZ, *Ungültigkeit.*

di essere nel modo di operare degli atti giuridici e nei diversi motivi e fini del legislatore. Invece respinge l' A. l' opinione del Bianchi circa l' esistenza di una terza categoria, quella della " nullità propriamente detta „ che starebbe di mezzo fra la inesistenza e la mera annullabilità. Lo sviluppo storico è delineato assai bene e l' influenza delle varie dottrine ben segnata. Così è ben chiarita l' importanza che ha avuto lo Zachariae nel porre la distinzione corretta e nel farla prevalere nella scuola e nella prassi; mentre si nota che il libro del Windscheid (certo per la lingua, in cui fu scritto) non esercitò alcun visibile influsso sulla dottrina attuale.

Nella terza parte egli si fonda specialmente sulla distinzione tra ordine pubblico e privato: quando sia messo in sodo che una disposizione di legge è di ordine pubblico, l'atto compiuto contro quella disposizione è sicuramente invalido (inesistente oppure annullabile): quando è provato che una disposizione appartiene all' ordine privato, l'atto contrario non è inesistente, ma solo può essere rescisso, se colui, per il quale la legge teme principalmente il danno, si sente realmente danneggiato e vuole sottrarsi alle conseguenze cattive dell' atto suo.

Ad attestare i pregi non comuni di questo lavoro, che mostra una coltura anche romanistica insolita nelle monografie di diritto civile, basterebbe del resto la lettera del Melucci, al quale esso è dedicato. e che precede il libro.

Forse l' A. avrebbe potuto qua e là omettere alcuni argomenti non direttamente necessari al suo tema e la cui conoscenza è presupponibile nel lettore. Alcuni però di questi accenni e riassunti sono succosi e ben fatti; qualche altro, come per esempio nel capo 2°, § 2, della terza parte, avrebbe potuto essere piú breve, nè io seguo tutte le idee ivi esposte.

Ma così fossero molti i giuristi dotti e serii come il Ferrarini!

INDICE